



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

Caroline de Lima Rodrigues

Defesa da Concorrência e Propriedade Intelectual:
Um estudo à luz da experiência brasileira no combate ao abuso de poder econômico

Brasília, Brasil
Junho de 2017

Caroline de Lima Rodrigues

Defesa da Concorrência e Propriedade Intelectual:

Um estudo à luz da experiência brasileira no combate ao abuso de poder econômico

Dissertação apresentada como requisito à obtenção
do título de Bacharel em Direito da Universidade de
Brasília - UnB.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira

Brasília, Brasil

Junho de 2017

Caroline de Lima Rodrigues

Defesa da Concorrência e Propriedade Intelectual:

Um estudo à luz da experiência brasileira no combate ao abuso de poder econômico

Apresentada em 26 de junho de 2017.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira
Universidade de Brasília
Orientador

Prof. Me. Eric Hadmann Jasper
Universidade de Brasília

Dra. Noemy Cabeleira de Araújo de Castro Melo
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Agradecimentos

Os primeiros agradecimentos devo aos meus pais. Pelo apoio, pela compreensão, pelo companheirismo, pela confiança e pelo amor. Por me ensinarem a importância da educação, do conhecimento, da tolerância e do respeito. Por me mostrarem o valor da família e dos amigos. Por sempre me incentivarem a descobrir e melhorar. Enfim, meu muito obrigado por me fazerem quem eu sou, devo tudo a vocês.

Agradeço ao Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira, que me orientou não só nesta monografia, mas ao longo do curso. Os conselhos e o apoio oferecidos foram de grande ajuda e importância para mim.

Agradeço aos meus amigos com quem compartilhei a experiência da Universidade e toda a transformação que ela proporciona. Agradeço em especial ao Thales, melhor amigo, presente do primeiro ao último dia de graduação, e companheiro das mais diversas aventuras, e à Priscilla, constante inspiração de alegria e dedicação.

E, finalmente, agradeço à Universidade de Brasília, essa universidade-semente plural, multidisciplinar, tolerante e acolhedora que me presenteou com novos olhos e uma nova forma de pensar. Devo muito do meu crescimento pessoal à comunidade que é a UnB.

(Epígrafe)

“Toda idéia é provisória, toda idéia tem que ser posta em causa, questionada. Tudo é discutível, sobretudo numa universidade”

Darcy Ribeiro.

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar a interface entre direito da concorrência e propriedade intelectual sob a luz da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no combate ao abuso de poder econômico. Para isso, inicia-se com um panorama geral dos dois institutos, apresentando seus aspectos complementares e conflitantes, além das particularidades do ordenamento jurídico brasileiro, em especial no que tange à leitura constitucional do direito da concorrência e da propriedade intelectual. Na sequência, serão apresentados alguns casos ilustrativos da atuação do CADE nesse campo com a finalidade de extrair os principais entendimentos e diretrizes da autarquia na análise de casos envolvendo abuso de poder econômico perpetrado através do exercício de direitos de propriedade intelectual. Conclui-se que não existe uma regra pré-definida que possa ser aplicada à relação entre direito antitruste e propriedade intelectual, mas cabe à autoridade da concorrência aplicar a regra da razão e os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima, atentando-se às particularidades de cada caso e às possíveis eficiências que possam ser geradas no longo prazo.

Palavras-chave: Direito da Concorrência, Propriedade Intelectual, abuso de poder econômico.

Abstract

The article analyses the interaction between antitrust law and intellectual property in the Brazilian Antitrust Authority's case law regarding the fight against the abuse of economic power. To do so, it begins with an overview of the two institutes, presenting their complementary and conflicting aspects, as well as the particularities of the Brazilian legal system, especially regarding the constitutional reading of competition law and intellectual property. Next, a few illustrative cases of CADE's performance in this field will be presented in order to extract the main understandings and directives of the institution in the analysis of cases involving abuse of economic power perpetrated through the exercise of intellectual property rights. It concludes that there is no pre-defined rule that can be applied to the relationship between antitrust and intellectual property rights, but the competition authority must apply the rule of reason and the principles of proportionality and minimum intervention, taking into account the particularities of each case and the possible efficiencies that may be generated in the long term.

Keywords: Antitrust Law, Intellectual Property, abuse of economic power.

Sumário

| | | |
|--------|---|----|
| 1. | Introdução | 1 |
| 2. | Interação entre Concorrência e Propriedade Intelectual..... | 2 |
| 2.1. | Complementaridades | 2 |
| 2.2. | Conflitos | 6 |
| 2.3. | Particularidades do ordenamento jurídico brasileiro | 9 |
| 3. | Combate ao abuso de poder econômico via controle de estruturas | 11 |
| 3.1. | Monsanto e o mercado de biotecnologia | 12 |
| 3.2. | A possibilidade de licenciamento compulsório: caso Gemalto | 17 |
| 4. | Combate ao abuso de poder econômico via controle de condutas..... | 20 |
| 4.1. | Determinação do escopo e abrangência de direitos de propriedade intelectual | 22 |
| 4.1.1. | <i>Monsanto e a ameaça de venda casada</i> | 23 |
| 4.1.2. | <i>Microsoft</i> | 23 |
| 4.1.3. | <i>Philips</i> | 24 |
| 4.1.4. | <i>TCT</i> | 26 |
| 4.1.5. | <i>Anfape</i> | 27 |
| 4.2. | A recorrente acusação de “ <i>sham litigation</i> ” | 29 |
| 4.2.1. | <i>Alcoa</i> | 31 |
| 4.2.2. | <i>Eli Lilly</i> | 31 |
| 4.2.3. | <i>Ediouro</i> | 34 |
| 4.2.4. | <i>DyStar</i> | 36 |
| 5. | Considerações finais..... | 38 |
| 6. | Bibliografia | 43 |

1. Introdução

A sociedade atual baseia-se cada vez mais na informação, na troca de dados, no compartilhamento de conhecimento. Ocorre que, se no seu estado natural o conhecimento é caracterizado pela não-exclusividade, não-rivalidade¹ e ausência de valor econômico (GRAU-KUNTZ, 2011), em meio à economia de mercado ele se torna bem de grande valor, econômico, e de dominação.

Nesse viés, percebe-se que a propriedade intelectual (PI) – meio de apropriação e exploração econômica de determinado conhecimento – que possui no seu âmago o objetivo de promover a inovação e a concorrência de superação ou, mais especificamente no caso brasileiro, o desenvolvimento econômico e tecnológico do país, pode, também, ser utilizada de forma abusiva como meio para adquirir ou manter poder econômico e a capacidade de mitigar a concorrência e excluir rivais.

Nesse ponto, cabe à autoridade da concorrência regular o exercício de direitos de propriedade intelectual (DPI) e restringir o seu uso quando este se mostre abusivo e capaz de infringir a concorrência, ainda que de maneira apenas potencial. Surgem questionamentos, contudo, a respeito do âmbito de atuação das duas autoridades envolvidas, Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) e Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), da delimitação e limites das suas respectivas competências, das metodologias de análise e das diretrizes a serem adotadas no controle concorrencial de direitos de propriedade intelectual, etc. Portanto, pretende-se com o presente trabalho identificar quando o exercício de direitos de propriedade intelectual se torna abusivo e como tem se dado a atuação do CADE no combate ao abuso de poder econômico perpetrado através de DPI.

Para isso, pretende-se iniciar o estudo pela compreensão dos dois institutos, direito da concorrência e propriedade intelectual, apresentando tanto suas complementaridades quanto os conflitos que podem eventualmente emergir da interação entre esses dois campos do direito.

¹ “Não havendo referência aos detentores de direitos de propriedade, o que diferencia um conceito do outro é a combinação de duas características: rivalidade de uso e exclusividade de acesso. A primeira – rivalidade de uso – implica que o consumo de uma unidade de determinado bem por um indivíduo impede o consumo do mesmo recurso por outrem. Nos exemplos retirados de GICO JR. (2012, p. 101), sapatos e computadores não podem ser utilizados por mais de uma pessoa ao mesmo tempo, sendo, portanto, bens com a característica de alta rivalidade. Na caracterização de exclusividade de acesso, o indivíduo que detém o domínio sobre o recurso em questão pode evitar que outros façam uso do mesmo bem, excluindo os demais indivíduos do acesso ao recurso. Mantendo os exemplos atrelados a GICO JR. (2012, p. 101), um proprietário de determinados sapatos ou computadores pode, por meio da exclusão dos demais usuários, decidir quem tem, ou deixa de ter, acesso a esses bens (Mendes, 2014, p. 52 e 53)”. (CORREIA *et al*, 2014, p. 140).

Aproveita-se ainda a seção 2 para apresentar brevemente as particularidades do ordenamento jurídico brasileiro no que tange aos dois institutos em questão.

Nas seções 3 e 4 passa-se ao estudo da jurisprudência do CADE. A seção 3 dedica-se ao combate ao abuso de poder econômico via controle de estruturas e a seção 4 ao combate ao abuso de poder econômico via controle de condutas. Após breve apresentação dos controles preventivo e repressivo, analisaremos alguns casos representativos da atuação do CADE no combate ao exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual.

Esclarece-se que os casos apresentados são, no geral, bastante heterogêneos e cada um possui uma série de peculiaridades. Diante disso, não será possível fazer uma análise complexa de cada caso, mas estudaremos essencialmente os posicionamentos adotados acerca do exercício de direitos de propriedade intelectual, foco da nossa análise.

As considerações finais abarcarão as principais conclusões do nosso estudo, momento em que pretendemos ser capazes de elencar os principais entendimentos do direito da concorrência brasileiro no combate ao abuso de poder econômico perpetrado através do exercício de direitos de propriedade intelectual.

2. Interação entre Concorrência e Propriedade Intelectual

2.1. Complementaridades

As constantes transformações nas configurações sociais e econômicas da sociedade trazem cada vez mais desafios para a aplicação do Direito, exigindo a releitura de antigos conceitos e maior interação entre diferentes campos jurídicos. Um dos desafios da era da informação e do rápido desenvolvimento tecnológico é conseguir acompanhar a velocidade das mudanças e o dinamismo que os setores econômicos vivenciam.

O Direito da Concorrência já passou por diversas transformações no seu escopo e forma de aplicação, acompanhando o aprimoramento na compreensão dos mercados e do processo de competição. A fase atual do direito antitruste, após superar a visão puramente econômica e consequencialista da Escola de Chicago, busca promover objetivos mais amplos, admitindo inclusive maior intervenção (FRAZÃO, 2014). Esses novos objetivos ainda são bastante indefinidos e variam de país para país, mas pode-se dizer que há consenso na importância da promoção da inovação.

Mais do que eficiências estáticas como preços baixos ou maior oferta de produtos em um momento imediato, o Direito da Concorrência almeja, hoje em dia, ganhos de eficiência

dinâmica mediante o contínuo desenvolvimento tecnológico e a concorrência de superação (GRAU-KUNTZ, 2011 e OCDE, 2013)². Portanto, é quase inevitável a interação entre Direito da Concorrência e direitos de Propriedade Intelectual.

À primeira vista, a relação entre esses dois campos jurídicos parece antagônica, uma vez que o direito da concorrência, em linhas gerais, procura proteger os mercados, a livre iniciativa e os consumidores através da promoção da competitividade e da punição de quaisquer condutas que tenham como objetivo ou efeito atentar contra a ordem econômica ou mitigar a concorrência, seja por meio de abuso de poder econômico, imposição de barreiras à entrada, preços predatórios, *sham litigation* entre outras, enquanto a propriedade intelectual busca recompensar os benefícios de uma inovação justamente protegendo seu criador da competição. Essa exclusividade temporária pode, de fato, trazer perdas de eficiência estática. Contudo, a meta desses direitos de exclusividade, no longo prazo, é trazer ganhos de eficiência dinâmica mediante o incentivo à inovação e ao desenvolvimento tecnológico. Daí a complementaridade em relação ao Direito da Concorrência.

Essa relação e suas consequências já foram alvos de diversas discussões ao redor do mundo, chamando a atenção uma série de relatórios realizados no âmbito da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) que resumem as principais considerações a respeito da interação entre esses dois institutos jurídicos. Além de evidenciar a essencialidade da defesa da concorrência e da PI para a promoção da inovação, o relatório mostrou que a relação é complexa e que ambas têm o potencial de mitigar os incentivos à inovação se implementadas de maneira equivocada.

A concessão descontrolada de registros de propriedade intelectual, por exemplo, pode desencorajar os investimentos em inovação uma vez que uma quantidade muito grande de patentes no mercado torna a identificação das patentes realmente necessárias e sua respectiva negociação um processo caro e difícil³. Já uma política de defesa da concorrência muito incisiva desencoraja o investimento em pesquisa e desenvolvimento, pois não há garantia do retorno financeiro ou do aproveitamento dos ganhos advindos da inovação (OCDE, 2004). Ou seja, não

² “ [...] **dynamic efficiencies** are synergies that enable firms to improve their performance, whether in terms of cost, quality, service, or new product development, on a potentially continuing basis. This might involve learning by doing, eliminating redundant R&D expenditures, or achieving economies of scale in R&D. **Static efficiencies**, by contrast, enable improvements that occur only once”. (OECD, 2013, p. 16. Grifos originais).

³ CORREIA *et al* apresentam o mesmo fenômeno: “Nos setores de alta tecnologia, os quais deveriam ser os mais interessados na renovação contínua dos recursos de propriedade intelectual, incrivelmente, a regra tem sido a discordância. [...] os *players* desses setores, provavelmente em razão do número exagerado de patentes envolvidas em cada produto/processo, não têm conseguido se entender sobre o licenciamento das tecnologias necessárias ao avanço de outras inovações, levando, assim, os custos de transação do direito de copiar para a beira do intransponível”. (2014, p. 143.)

há o incentivo da exclusividade e da vantagem temporária sobre os demais competidores.

Com efeito, forte competição quanto a preços diminui a margem de lucro, tornando mais difícil a recuperação de investimentos em P&D, além disso, o custo de reprodução é muito menor do que o custo de criação, portanto, se qualquer um pudesse se aproveitar da inovação, não haveria incentivos para inovar devido à apropriação dos resultados por *free riders*⁴.

Elizabeth Farina e Paulo Furquim de Azevedo (2001) mostram, ainda, que manter a balança entre incentivos à inovação e competição é tarefa difícil. Por um lado, uma forte pressão concorrencial leva à busca de soluções tecnológicas mais rápidas e menos incertas, privilegiando *joint ventures* e licenciamentos ao invés de investimento em pesquisa básica e conhecimento do tipo *know-what*, compreendido como o “saber cognitivo necessário ao desenvolvimento de novas tecnologias e à compreensão das características e potencialidades das tecnologias já disponíveis” (MACHLUP, 1984 apud AZEVEDO; FARINA, 2001 p. 11/14). Essa estratégia de priorizar a aquisição de uma tecnologia já pronta ao invés de investir em seu desenvolvimento, contudo, pode ser falha na medida que, muitas vezes, não permite o surgimento de um corpo técnico com conhecimento suficiente mesmo para julgar quais licenciamentos e projetos de *joint venture* valem o investimento, levando, como colocado por Farina e Azevedo (2001), a um custo dinâmico no longo prazo.

Por outro lado, o monopólio garante mais “conforto” para a empresa investir tempo e recursos em pesquisa e desenvolvimento, além de garantir a integridade da apropriação dos resultados da exploração da inovação. Contudo, o poder de monopólio não apresenta muitos incentivos para a empresa realizar esse investimento em inovação tecnológica, tendo em vista que ela já controla a oferta e preço dos produtos e não é pressionada pela necessidade de procurar soluções tecnológicas para incrementar sua competitividade (AZEVEDO; FARINA, 2001 e OCDE, 2013). Nesse sentido, a proteção da propriedade intelectual é um incentivo para que empresas realizem investimento em P&D mesmo em um ambiente com forte pressão competitiva, por garantir o retorno financeiro do investimento realizado em pesquisa.

Ainda, assim, nem mesmo estudos empíricos conseguiram chegar a um consenso quanto à relação exata entre o grau de concentração de um mercado e os investimentos em

⁴ Nesse mesmo sentido: “Note-se que a impossibilidade de internalização das externalidades positivas do processo de P&D pelos detentores de direitos de propriedade intelectual já é um problema na presença desses direitos. Na carência desse pacote de DPI, os avanços desejáveis em inovação tecnológica, nas palavras de LANDES & POSNER (2003), não sofreriam os efeitos de “plantio e colheita”. Afinal, na ausência de mecanismos de incentivo econômico, convencer um investidor a apostar em P&D, sem que lhe sejam conferidos direitos sobre os ativos de propriedade intelectual por ele desenvolvidos, seria tão improvável quanto persuadir um agricultor a investir no plantio sem que ele seja beneficiado com os frutos da colheita proveniente da terra trabalhada”. (CORREIA *et al*, 2014. p. 141.)

inovação, principalmente pelo fato de diferentes mercados apresentarem fatores variados que influenciam nos resultados. Mas, se há uma tendência predominante, é a de que um grau médio de concentração de mercado tende a oferecer maiores incentivos à inovação e que à medida que a concentração se torna muito acentuada ou muito difusa esses incentivos tendem a diminuir (OCDE, 2013).

Diante do grau de incerteza envolvido e da importância que a inovação tem para a promoção do bem-estar social, a OCDE aconselha que, em caso de dúvida em relação aos possíveis resultados de ação, é preferível que as agências da concorrência errem em favor da precaução do que tomem medidas que podem mitigar gravemente os incentivos à inovação (OCDE, 2004).

Isso não quer dizer que os direitos de propriedade industrial são absolutos. Como qualquer outro direito, o exercício da PI deve respeitar a sua finalidade legal, os ditames constitucionais e as demais normas do ordenamento jurídico, as quais devem ser interpretadas de forma sistêmica. No caso brasileiro, o objetivo da legislação pertinente é promover o desenvolvimento tecnológico e econômico do país⁵. Ou seja, se o exercício do direito à propriedade industrial for prejudicial ao desenvolvimento socioeconômico e aos consumidores, ele poderá ser restringido ou até mesmo extinto, inclusive pela autoridade antitruste.

Em outras palavras, a proteção concedida por meio da propriedade intelectual deve ser acompanhada pela contrapartida da inovação, ou seja, a restrição temporária à concorrência e o direito à exclusividade concedido à um *player* deve ser justificado por benefícios à competição e aos consumidores gerados pela eficiência dinâmica advinda da inovação. O objetivo final não é proteger a empresa, mas sim beneficiar a sociedade.

Encontrar o equilíbrio entre PI e defesa da concorrência, entretanto, não é tarefa fácil. Mesmo o âmbito de atuação das respectivas agências pode ser incerto. Parece bem-definido que a autoridade da concorrência não deve se imiscuir no processo de concessão de registro de propriedade intelectual, dado que não tem nem pessoal capacitado nem experiência para

⁵ Constituição Federal, art. 5º, XXIX: “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Lei n. 9.279/96, art. 2º: “A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;

II - concessão de registro de desenho industrial;

III - concessão de registro de marca;

IV - repressão às falsas indicações geográficas; e

V - repressão à concorrência desleal”.

determinar quais registros representam inovação e quais não trazem quaisquer benefícios que justifiquem a contrapartida da exclusividade. Contudo, devido à complementariedade das matérias, o relatório da OCDE (2004) sugere que essas autoridades dialoguem e realizem estudos conjuntos para promover a conscientização e a compreensão de ambos campos do direito e da sua interdisciplinaridade com o intuito de desenvolver medidas e métodos de análise mais completos e eficazes no combate à concessão desordenada de patentes, ao abuso de poder econômico e às demais infrações econômicas. De modo complementar, o relatório de 2013 explica que essas contribuições e esclarecimentos devem orientar a melhoria do processo de concessão de direitos de exclusividade pela autoridade responsável pela propriedade intelectual, evitando que o direito da concorrência seja usado de forma desnecessária e excessiva no controle de patentes concedidas de maneira muito ampla (OCDE, 2013).

Além dessas medidas conjuntas, é importante que as duas autoridades estabeleçam de forma clara e objetiva as principais diretrizes a serem adotadas em seus processos de análise, garantindo a segurança jurídica necessária à realização de investimentos em inovação, visto que a chance de recuperar os investimentos feitos em P&D é um dos fortes incentivos à inovação. Importante notar, entretanto, que não se garante o retorno do investimento – isso quem vai decidir é o mercado -, a *oportunidade* de recuperar esses investimentos é que é garantida, mas não passa de mera possibilidade (GRAU-KUNTZ, 2011)⁶.

2.2. Conflitos

Embora a complementariedade do direito da concorrência e da propriedade intelectual seja amplamente aceita, há uma série de conflitos que podem emergir da relação entre os dois. A partir do momento em que o exercício do direito à propriedade deixa de beneficiar o desenvolvimento social e econômico do país e passa a atender aos interesses apenas da parte privada, há a desvirtuação da finalidade deste direito. No caso do ilícito anticompetitivo, utiliza-se a propriedade intelectual para limitar, restringir ou eliminar a concorrência. Isso pode ocorrer por duas vias majoritárias: (i) fraude no processo de registro da propriedade intelectual ou (ii) abuso no exercício do direito em si.

⁶ “Ao titular do exclusivo é garantida a possibilidade de – protegido contra a concorrência de imitação – ir ao mercado para tentar recuperar o seu investimento. Quem decidirá pelo retorno ou não do investimento aplicado ao desenvolvimento do bem intelectual protegido pelo direito da propriedade intelectual é o próprio mercado. Em outras palavras, no jogo do mercado não há garantia nenhuma de retorno de investimentos, mas antes mera possibilidade, o que conclui pela impossibilidade de falarmos em ‘proteção de investimento’” (Grau-Kuntz, 2011, p. 256).

Condutas derivadas de fraudes no processo de registro ou concessão de patentes representam um dano à competição ainda maior que as perdas estáticas causadas pela exclusividade temporária de exercício de um direito à propriedade industrial, pois não há a devida contrapartida da inovação.

A OCDE, em um relatório denominado “*Competition, Patents and Innovation II*” (2009), delineou algumas das principais condutas derivadas da fraude ou manipulação no processo de registro de propriedade intelectual, as quais estão expostas a seguir.

A estratégia de *patent ambush* está relacionada a tecnologias associadas a padrões técnicos. Consiste na ocultação por parte de uma empresa de registro de patente que se assemelha ou se identifica a um determinado padrão de interoperacionalidade que está sendo desenvolvido. Uma vez que o padrão é estabelecido e adotado pelo mercado a empresa revela a sua patente, obrigando os concorrentes a incorrerem em custos de reversibilidade e prejudicando o mercado ao dificultar o compartilhamento de tecnologia e a interoperabilidade entre produtos.

Patent flooding prejudica um rival titular de um pedido de patente relevante ao contestar essa patente com várias outras semelhantes, mas de baixa qualidade. Isso impede que o rival consiga proteção completa para a sua inovação ou força licenciamentos cruzados desprovidos de equilíbrio.

É possível, também, estender indevidamente registros de propriedade intelectual que não deveriam mais ser válidos ou adaptar o pedido de registro de patente ao produto de um rival para depois contestá-lo judicialmente.

Já no caso de abuso de direito, não se fala de direito ilegítimo, mas de um direito legítimo empregado de forma ilegítima para se atingir fins ilícitos. Isso, de modo algum, significa que a propriedade industrial representa ilícito concorrencial *per se*. Em outras palavras, as regras de concorrência não podem se opor à existência de um direito de exclusividade em si, mas elas podem intervir para impedir um exercício abusivo.

Por sua característica específica de envolver um direito legítimo, o abuso de direito é gerado por condutas que podem ser pró-competitivas ou anticompetitivas a depender de como forem empregadas. Por isso a análise da estrutura de mercado e níveis de competição é tão importante nesses casos. Recusa unilateral de licenciamento, licenciamento sob termos abusivos ou discriminatórios, *patent pools* são algumas das condutas que integram esse grupo.

A recusa unilateral de licenciamento, deve ser analisada cuidadosamente, pois o direito exclusivo sobre a propriedade garante justamente a capacidade de restringir outros do seu uso. Faz-se necessária, portanto, a aplicação da regra da razão e não a condenação da

conduta *per se*. Com efeito, a OCDE (2004) constatou que, geralmente, os países que possuem previsão de licenciamento compulsório tendem a, primeiro determinar se há posição dominante, e, em caso positivo, auferir se essa dominância está sendo efetivamente empregada em conjunto com direitos de PI para mitigar a concorrência.

Mesmo quando há licenciamento, o que em teoria beneficia o mercado e os consumidores ao difundir tecnologia, permitir que o autor da inovação aproveite ao máximo as oportunidades do seu desenvolvimento ao complementar sua receita com royalties de licenciamento ou permitir que outros agentes aproveitem sua tecnologia para desenvolver produtos e serviços que o desenvolvedor original não teria condições de explorar, há de se ficar atento a eventuais efeitos anticompetitivos. Nesses casos, a principal preocupação advém de cláusulas de exclusividade que podem constituir barreiras à entrada e resultar no fechamento do mercado. O detentor da licença pode, ainda, tentar condicionar a aquisição de uma tecnologia à compra de outra licença, produto ou serviço, caracterizando a venda casada.

Da mesma forma, *patent pools*, que, geralmente, são benéficos à concorrência por combinarem licenças complementares, reduzindo as barreiras de acesso a tecnologia e os custos de transação, podem tornar-se anticompetitivos quando englobam patentes substitutas ao invés de complementares no pacote, ou seja, coloca-se em um pacote de licenciamento em conjunto patentes que deveriam estar competindo, deixando os adquirentes sem opções alternativas. Alguns dos cuidados na Europa e nos Estados Unidos (OCDE, 2004) para garantir que *patent pools* não se tornem anticompetitivos é garantir que todas as patentes do pacote (i) sejam válidas e estejam em vigor; (ii) sejam essenciais; (iii) possam ser negociadas individualmente por seu respectivo titular; (iv) não ensejem a troca de informações sensíveis. Adicionalmente, o licenciamento do pacote deve ser não-discriminatório e recomenda-se que o valor dos *royalties* represente apenas uma pequena parcela do custo de produção do produto alvo da licença no mercado *downstream*.

Grant-backs também carregam essa dualidade de efeitos. *Grant-back* ocorre quando o titular de uma patente condiciona o licenciamento da sua tecnologia à garantia de receber a licença de qualquer inovação ou melhoria derivada da sua tecnologia original. Tais acordos podem beneficiar a concorrência ao facilitar a difusão de tecnologia ou ao possibilitar que empresas com pouco capital ou entidades sem fins lucrativos tenham acesso a tecnologia sem precisar pagar dinheiro por isso. Todavia, é possível que tais acordos acabem, na prática, reduzindo os incentivos à inovação ou se tornem instrumentos de extensão indevida do poder detido por um *player* sobre um produto originário a outro produto, secundário ou substituto.

Outra situação que pode ocorrer é a tentativa de criar barreiras à entrada, ou até

mesmo prejudicar concorrentes já atuantes no mercado, mediante o registro de “*sleeping patents*”, ou seja, várias patentes relativas ao mesmo produto ou serviço que, embora preencham os requisitos de novidade e utilidade, não necessariamente serão todas exploradas na prática⁷. Essa estratégia também pode ser chamada de “*blanket strategy*”, classificada pela OCDE (2004) como um tipo de “*patente hoarding*”, ou seja, a literal acumulação de patentes.

Diante do exposto, fica clara a complexidade da análise de casos envolvendo concorrência e PI, e é justamente por causa da pluralidade de efeitos possíveis e da incerteza das consequências que a aplicação da regra da razão na análise dos casos e do cuidado no momento da condenação, optando-se sempre pela intervenção mínima, mostram-se tão relevantes.

2.3. Particularidades do ordenamento jurídico brasileiro

No âmbito nacional, a leitura constitucional dos direitos à concorrência e à propriedade intelectual pode representar uma forma de harmonização entre esses dois campos. Com efeito, diante da vigência do Estado Democrático de Direito e da hierarquia da Constituição Federal, todo o ordenamento jurídico brasileiro deve ser interpretado de forma sistêmica e em consonância com os princípios e garantias constitucionais (FRAZÃO, 2014)⁸. Nesse contexto, a proteção da concorrência e a proteção à propriedade intelectual têm caráter meramente instrumental, sendo o seu fim último a concretização dos objetivos constitucionais.

A Lei n. 12.529/2011, Nova Lei de Defesa da Concorrência (substituindo a Lei n. 8.884/94), a qual dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, foi editada para concretizar as previsões constitucionais, contidas nos artigos 170 e 173, §4º da CF, de combate ao abuso de poder econômico – caracterizado por qualquer conduta que tenha como objetivo ou efeito a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e/ou o aumento arbitrário dos lucros – e garantia de uma ordem econômica justa, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, sendo um dos seus princípios a livre concorrência. Dentro desses objetivos, a atuação do CADE deve ser orientada “pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos

⁷ Averiguação Preliminar n. 08012.005727/2006-50. Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos.

⁸ “Em um Estado Democrático de Direito, todas as relações de poder, incluindo o poder econômico, devem ser exercidas em conformidade com os direitos fundamentais, as garantias institucionais e os demais princípios constitucionais, os quais, por terem força deontológica e vinculante, não podem estar sujeitos a considerações de custo-benefício, tão comuns ao raciocínio puramente político”. (Ana Frazão, 2014. p. 151-152)

consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

Pelo lado da propriedade intelectual, deve-se ter em mente que por expressa previsão constitucional⁹ (art. 5º, XXIX) e legal¹⁰ (Lei n. 9.279/96¹¹, art. 2º), esse direito tem como fim “o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”. Além disso, como qualquer outro direito, o privilégio de exclusividade na exploração da propriedade intelectual não é absoluto e pode ser restringido se não servir ao seu propósito de beneficiar ao interesse coletivo. Como o direito da concorrência, o direito à propriedade intelectual é um instrumento para se atingir uma ordem econômica justa¹².

Conforme resumiram Ana Frazão e Angelo Gamba (2016), “o ponto de intersecção entre propriedade intelectual e antitruste deveria ser a realização dos ditames constitucionais, essencialmente relacionados com a harmonização dos princípios do livre mercado, livre competição, inovação e desenvolvimento tecnológico”¹³.

Portanto, balizado por esses objetivos, o CADE realiza suas análises, tendo como principal preocupação o combate ao abuso de poder econômico. Para isso, o Conselho utiliza-se tanto do (i) controle estruturas – que é prévio ou preventivo - mediante a análise de atos de concentração que possam resultar no controle de parcela significativa do mercado por parte de uma empresa, quanto (ii) do controle de condutas, que é posterior e abarca quaisquer práticas que tenham como efeito, ainda que não intencional, a mitigação da concorrência e a exclusão de rivais do mercado.

Embora a jurisprudência do CADE envolvendo propriedade intelectual não seja tão significativa em termos quantitativos, as análises realizadas pela agência têm sido cada vez mais completas e significativas, sendo capazes de gradativamente compreender a

⁹ Constituição Federal, art. 5º, XXIX: “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

¹⁰ Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;

II - concessão de registro de desenho industrial;

III - concessão de registro de marca;

IV - repressão às falsas indicações geográficas; e

V - repressão à concorrência desleal.

¹¹ Lei de Propriedade Industrial. A propriedade industrial é um ramo da propriedade intelectual que trata “da proteção jurídica dos bens incorpóreos aplicáveis tecnicamente, de forma prática, nos diversos segmentos da indústria” (DI BLASI, 2005, p. 29-30).

¹² “Além disso, o caráter instrumental da propriedade intelectual de cumprir com sua função social (promover o desenvolvimento econômico e tecnológico) e do Direito Antitruste de promover políticas públicas, dentre elas o desenvolvimento econômico, une os institutos. A proteção à propriedade intelectual e o Direito Antitruste tornam-se instrumento de persecução do mesmo objetivo”. (KUBRUSLY, 2010, p. 133).

¹³ Tradução livre.

complexidade que permeia a interação entre defesa da concorrência e propriedade intelectual e dar soluções eficientes aos conflitos que possam emergir dessa interação.

Nos próximos capítulos serão analisadas diversas decisões da autoridade antitruste envolvendo essa temática para extrair o posicionamento brasileiro na abordagem do abuso de poder econômico, potencial ou concreto, empreendido através do exercício de direitos de propriedade intelectual.

3. Combate ao abuso de poder econômico via controle de estruturas

No seu objetivo de proteger a ordem econômica e a concorrência, uma das funções do CADE é impedir o abuso de poder econômico através da análise prévia de atos de concentração econômica, definidos no art. 90, da Lei n. 12.529/11:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

As empresas têm a obrigação de submeter à análise do CADE os atos de concentração em que, cumulativamente, no ano anterior à operação e no Brasil, pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha tido faturamento igual ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado faturamento equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) (art. 88, I e II, Lei n. 12.529/11). Os grupos econômicos envolvidos comprometem-se, ainda, a preservarem as condições de concorrência e não consumarem o ato até a decisão final do CADE, que possui o prazo de 240 dias para realizar a análise. Os atos que não respeitarem a obrigação de submissão prévia estarão sujeitos a declaração de nulidade e aplicação de multa pecuniárias às empresas.

Conforme explicitado na Lei de Defesa da Concorrência, não serão aprovados os atos de concentração que “impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado

relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços” (art. 88, §5º, Lei n. 12.529/11).

Portanto, a análise prévia de fusões, aquisições, e mesmo contratos de licenciamento, visa impedir que determinada empresa ou grupo empresarial obtenha poder de mercado suficiente para influenciar de maneira artificial o mercado e excluir concorrentes¹⁴.

Tal influência dominante, definida por Calixto Salomão Filho como o “poder de influir sobre o planejamento empresarial de outro agente econômico” (2013, p. 311) permite o “controle sobre as decisões relacionadas à produção e à atuação da empresa no mercado” (SALOMÃO FILHO, 2013 p. 311 apud LIMA, 2014, p. 68) e pode se dar através de quatro áreas essenciais, quais sejam: pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas (SALOMÃO FILHO, 2013 apud LIMA, 2014).

Admite-se, contudo, atos de concentração que possam limitar a concorrência contanto que, cumulada ou alternativamente, aumentem a produtividade ou a competitividade, melhorem a qualidade de bens ou serviços, ou propiciem a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico e desde que parte relevante dos benefícios gerados sejam repassados aos consumidores (art. 88, §6º, Lei n. 12.529/11).

Com efeito, conforme apontado pelo relatório da OCDE (2013), atos de concentração podem apresentar resultados benéficos à concorrência como reduzir os custos de P&D ou evitar pesquisas em duplicidade. Diante disso, a análise de atos de concentração deve ser feita de acordo com a regra da razão, atentando-se às particularidades do mercado relevante envolvido.

Na jurisprudência brasileira, grande parte dos casos submetidos ao controle de estruturas do CADE¹⁵ refere-se a contratos de licenciamento no setor de biotecnologia em que a existência de cláusulas de exclusividade¹⁶ ou de intrincados mecanismos de prêmios e remuneração ameaçam levar ao fechamento de mercado mediante a exclusão de possíveis competidores e a impossibilidade de as licenciadas seguirem caminhos tecnológicos que eventualmente se mostrem mais promissores, conforme apresentado no subtópico a seguir.

3.1. Monsanto e o mercado de biotecnologia

No Brasil, o licenciamento de biotecnologia representa grande parte dos casos

¹⁴ “(...) o direcionamento da análise concorrencial volta-se para a existência de *poder de influência nas decisões mercadologicamente relevantes de outra empresa*” SALOMÃO FILHO, 2013, p.308-309 apud LIMA, p. 68.

¹⁵ Jurisprudência retirada de CUEVA, 2009.

¹⁶ Conforme explicação de Paulo Eduardo Lilla (2014, p. 171): “São aquelas cláusulas que impedem o licenciado de explorar tecnologias concorrentes. Desse modo, o licenciado fica proibido de utilizar tecnologias de terceiros que se encontrariam em concorrência com a tecnologia licenciada”.

envolvendo alta tecnologia. A primeira preocupação do CADE nesse setor são os contratos de transferência de energia com cláusulas de exclusividade em licenciamentos. Com efeito, em setores de alta tecnologia, é preciso ter especial atenção em relação às cláusulas de exclusividade que podem prender o adquirente à uma tecnologia ultrapassada, afetando de maneira negativa os incentivos à inovação. Eduardo Lilla (2014, p. 172) explica como esse tipo de cláusula restringe a concorrência e prejudica o desenvolvimento de novas tecnologias:

[...] essas cláusulas de exclusividade podem prejudicar a concorrência intertecnologias ao provocar o fechamento do mercado a terceiros titulares de direitos de propriedade intelectual sobre tecnologias alternativas ou substitutas. Podem também aumentar os custos de rivais para o acesso a importantes insumos de produção e distribuição detidos pelos licenciados, reduzindo suas possibilidades de ingresso no mercado, especialmente quando o licenciante estabelecer redes de licenciados exclusivos. O grau de fechamento do mercado depende do poder de mercado detido pelo licenciante e da presença de barreiras à entrada de outros licenciados capazes de explorar as tecnologias alternativas de terceiros. Esses efeitos de fechamento do mercado e aumento dos custos dos rivais podem ocorrer tanto nos acordos de licenciamento horizontais como nos verticais, na medida em que **é a exclusão das tecnologias alternativas ou substitutas que constitui o problema concorrencial.** (grifos nossos).

Nesses setores geralmente existem dois mercados distintos, um voltado apenas ao desenvolvimento de tecnologia e outro à produção e venda do produto fruto desse desenvolvimento. O funcionamento desses dois mercados se dá, nas palavras do Conselheiro Abraham Sicsú, autor do voto condutor no ato de concentração entre Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Seeds Ltda.¹⁷, da seguinte forma:

[...] no mercado de produto acabado, a concorrência é caracterizada pela maior eficiência na produção e distribuição - terá vantagem, por exemplo, o agente com estrutura produtiva de baixo custo e rede de escoamento abrangente. **Já no mercado de P&D, a concorrência é caracterizada pela capacidade de desenvolver um produto no menor espaço de tempo e na forma que melhor atenda aos interesses do comprador** - terá vantagem, por exemplo, o agente que contratar melhores pesquisadores ou que estabelecer a melhor estrutura laboratorial. (grifos nossos).

No ato de concentração citado acima, o Conselho temia que as cláusulas de exclusividade atassem a licenciada a uma determinada tecnologia, a impedindo de seguir rotas tecnológicas mais rentáveis que eventualmente surgissem e, conseqüentemente, colocando em risco o mercado de tecnologia de sementes geneticamente modificadas. Portanto, a aprovação do ato de concentração foi condicionada à restrição de que a licenciada fosse autorizada a

¹⁷ AC n. 08012.000311/2007-26.

“firmar acordos semelhantes ao analisado, de modo a não sofrer qualquer impedimento a desenvolver, produzir e/ou comercializar sementes com tecnologias outras que não as da empresa licenciadora”.

No Ato de Concentração 08012.003997/2003-83 entre Monsanto, Fundação Mato Grosso e Unisoja, o CADE decidiu que o licenciamento para a produção e comercialização de sementes de soja transgênicas não poderia impor restrição à realização de acordos de licenciamento semelhantes envolvendo tecnologia não produzida pela Monsanto, pois tal cláusula de exclusividade poderia dificultar o acesso de concorrentes ao mercado. Embora a alegada preocupação da Monsanto com qualidade dos grãos e segurança fosse legítima, a questão poderia ser solucionada por outros meios, menos gravosos ao consumidor, que não impusessem a exclusividade. Foi sugerido, por exemplo, a edição de cláusulas contratuais exigindo que a licenciada informasse a procedência tecnológica da semente no momento da comercialização.

Admitiu-se ainda a imposição de que a variedade não poderia ser alterada direta ou indiretamente pela introdução de outras tecnologias, pois, conforme informado pela Embrapa, a “inclusão de nova tecnologia para atuar em conjunto com a tecnologia RR da Monsanto poderia causar modificações no Cultivar¹⁸ e pôr em risco o desenvolvimento da tecnologia, bem como alterar seu resultado de forma prejudicial”.

Pelos mesmos motivos técnicos, a imposição foi feita também no ato de concentração 08012.003296/2007-78 com a Brasmax Genética Ltda., mas com a ressalva de que a licenciada poderia pesquisar, desenvolver, produzir e comercializar sementes de soja com tecnologias diversas da tecnologia da Monsanto, sendo exigido apenas que as variedades com tecnologias diferentes fossem desenvolvidas, cultivadas, processadas, armazenadas e comercializadas de maneira segregada em relação às sementes com tecnologia Monsanto.

Já o ato de concentração¹⁹ entre Monsanto e Embrapa foi aprovado sem restrições justamente por não conter cláusula de exclusividade que impedisse a Embrapa de pesquisar e desenvolver tecnologias diversas daquela da Monsanto.

Com efeito, a principal preocupação do Conselho em casos de licenciamento de

¹⁸ “[...] cultivar é a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal, que seja claramente distinguível de outras conhecidas por uma margem mínima de características descritas, pela denominação própria, homogeneidade, capacidade de se manter estável em gerações sucessivas, além de ser passível de utilização. A nova cultivar é aquela que não tenha sido oferecida à venda no Brasil há mais de 12 meses, em relação à data do pedido de proteção, e em outros países, com o consentimento do dono, há mais de seis anos, para espécies de árvores e videiras, e há mais de quatro anos, para as demais espécies. As cultivares passíveis de proteção são as novas e as essencialmente derivadas de qualquer gênero ou espécie” (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, 2014).

¹⁹ Ato de Concentração 08012004808/2000-01.

tecnologia é a existência de cláusulas de exclusividade que possam restringir, ou até mesmo impedir, o desenvolvimento de novas tecnologias, havendo o risco, inclusive, de fechamento do mercado em questão.

Contudo, no julgamento dos ACs n. 08012.002870/2012-38, 08012.006706/2012-08, 08700.003898/2012-34, 08700.003937/2012-01 e 08700.004957/2013-72, entre Monsanto e, respectivamente, Syngente, Nidera, COODETEC, Don Mario Sementes e Bayer²⁰, constatou-se que, mesmo na ausência de cláusulas de exclusividade, outros aspectos deviam receber atenção da autoridade antitruste na análise de contratos de licenciamento de tecnologia.

Conforme constatado pelo Conselheiro Eduardo Pontual no voto do AC n. 08700.003937/2012-01, em meio à complexidade intrínseca aos contratos de transferência de tecnologia, foram criados mecanismos de prêmios e remuneração à licenciada com o objetivo de elevar as barreiras à entrada e reduzir os incentivos à produção de tecnologias alternativas ou criar o “objetivo comum do sucesso da tecnologia *Intacta RR2 PRO*²¹” (BARRIOS, 2014, p. 138).

Já no julgamento do AC n. 08700.004957/2013-72, o Conselheiro Alessandro Octaviani, relator do caso, evidenciou a existência de cláusulas que permitiam que a licenciante exercesse controle indireto sobre as ações e estratégias da licenciada, criando-se a ameaça, em última instância, do controle do mercado pelo grupo licenciante. Nesse sentido, o Conselheiro asseverou:

O regime contratual estipulador do controle ab extra tem a seguinte estrutura: (i) o contrato possibilita o controle indireto por meio de uma particular combinação de obrigações e compensações na qual, num primeiro momento, (ii) as compensações e bônus induzem a atividade empresarial da licenciada, influenciando sua atividade produtiva e alterando seu portfólio, mas, num segundo momento, (iii) o aumento expressivo do produto licenciado no portfólio da licenciada oferece maior peso às obrigações e ônus contratuais, consolidando e expandindo o controle da licenciante, que anteriormente era apenas potencial e indireto.

Lucas Barrios (2014) aponta que, nesse ponto, as decisões do CADE se assemelharam ao entendimento da *Federal Trade Commission* dos Estados Unidos:

Uma licença que explicitamente não requer exclusividade pode ter o efeito de exclusividade se for estruturado para aumentar de modo significativo o custo do licenciado quando do uso de tecnologias competidoras. (ESTADOS UNIDOS, 1995,

²⁰ Jurisprudência extraída de BARRIOS, 2014.

²¹ De acordo com BARRIOS (2014, p. 135), “corresponde à tecnologia utilizada em semente de soja geneticamente modificada, cujas plantas apresentariam tolerância ao glifosato e resistência a insetos”.

livre tradução *apud* BARRIOS, 2014, p. 139)²².

Ressalta-se, ainda, que, conforme apontado por BARRIOS (2014), os mercados de alta tecnologia são caracterizados por grande assimetria de informação, característica que dificulta a aferição do poder econômico e torna esse mercado ainda mais sensível aos atos de concentração. Para facilitar a análise nesses casos, pode-se adotar a regra geral de que “quanto mais dispersas estiverem as informações menor a concentração econômica. Entretanto, quanto mais distribuídas de forma assimétrica se encontrarem as informações, maior será o poder econômico” (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 141 *apud* BARRIOS, 2014, p. 131).

Portanto, conforme apontado pela Conselheira Ana Frazão na apreciação do AC n. 08700.003937/2012-01, os contratos de licenciamento de tecnologia devem ser analisados de forma macro atentando-se, especialmente, a cláusulas que exorbitem o escopo de transferência de tecnologia e produzam efeitos anticoncorrenciais e deletérios à inovação.

De forma mais genérica, como o licenciamento tem características pró-competitivas por disponibilizar tecnologia que antes seria explorada em regime de monopólio, cada caso deve ser analisado em suas particularidades, atentando-se aos efeitos e não a regras pré-definidas²³. O ex-Conselheiro Cueva (2009) ressalta a importância da regra da razão para o CADE na análise de casos envolvendo propriedade intelectual, visto que a exclusividade ou a recusa em licenciar não são, em si, infrações anticompetitivas²⁴. É necessário analisar os efeitos dessas condutas sobre a concorrência e os benefícios que elas podem trazer ao consumidor para determinar se os direitos de propriedade industrial estão cumprindo o seu fim social ou se as eventuais restrições competitivas e ineficiências estáticas são injustificadas.

²² “A license that does not explicitly require exclusive dealing may have the effect of exclusive dealing if it is structured to increase significantly a licensee's cost when it uses competing technologies” (ESTADOS UNIDOS, 1995 *apud* BARRIOS, 2014, p. 139).

²³ “Com efeito, à semelhança de seus congêneres, o CADE tem entendimento de que os contratos de licenciamento de tecnologia não geram, em princípio, efeitos danoso à concorrência, já que franqueiam a um ou mais agentes econômicos o acesso a uma tecnologia essencial para a produção de um produto ou serviço que, de outro modo, seriam produzidos em regime de monopólio, dada a existência de um direito de propriedade intelectual detido por um único agente. Os contratos de licenciamento tendem, assim, a favorecer a disseminação de inovação tecnológica, a qual, na sua ausência, talvez não fosse introduzida no mercado. Há, portanto, um benefício direto ao consumidor” (CUEVA, 2009, p. 147).

²⁴ “Exclusividade não é monopólio. A exclusividade está relacionada com a própria definição de propriedade, pois, do ponto de vista da análise juseconômica, trata-se da principal prerrogativa do proprietário, o qual pode, entre outras liberalidades, excluir o acesso de usuários indesejados; enquanto o poder de monopólio, a seu turno, está ligado ao mercado, mais especificamente ao mercado relevante. Na falta de concorrência num dado mercado, uma patente, como toda e qualquer subespécie de propriedade, pode até gerar prerrogativas próprias de monopolistas, mas a simples concessão do referido título de propriedade (carta-patente) pelo Estado não é sinônima de monopólio. O poder de monopólio se refere à capacidade que o agente monopolístico tem de reduzir a demanda de determinado produto para aumentar artificialmente os preços, mas isso não se confunde com o direito de propriedade” (MENDES, 2014, p. 88 *apud* CORREIA *et al*, 2014, p. 130).

Diante da constatação de irregularidades, as restrições impostas devem se fundar no princípio da proporcionalidade e da intervenção mínima.

3.2. A possibilidade de licenciamento compulsório: caso Gemalto

O mercado de cartões SIM, semelhantemente ao de biotecnologia, é caracterizado pela alta complexidade tecnológica associada à velocidade no ritmo das inovações e pela presença de dois tipos de competidores: aqueles especializados no desenvolvimento tecnológico auferindo sua renda também a partir das inovações e seus respectivos licenciamentos e aqueles que adquirem tecnologia de terceiros e investem nos baixos custos de produção.

Contudo, diferentemente dos casos de biotecnologia analisados, no ato de concentração 08012.011178/2005-71 entre Axalto e Gemplus, que criou a Gemalto, o CADE determinou a assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho para que todas as patentes relativas à produção de cartões SIM registradas no Brasil fossem disponibilizadas aos competidores do mercado sob “condições justas, razoáveis e não discriminatórias”.

O Conselheiro Relator Paulo Furquim chamou atenção para o fato de que, apesar da concentração não representar grande risco à concorrência em relação à produção de cartões SIM, ela gerava grande concentração de tecnologia. As duas empresas envolvidas estavam à frente do processo tecnológico no Brasil e possuíam ainda mais patentes no exterior. Portanto, o domínio desses recursos tecnológicos e possível exclusão de concorrentes decorrente da recusa em licenciar levou o Conselho a condicionar a aprovação do ato de concentração à assinatura do Termo de Compromisso de Desempenho que exigia, quando fosse pertinente²⁵, o licenciamento não exclusivo e em bases não discriminatórias e justas.

A análise do caso brasileiro mostrou que apesar de haver incentivos econômicos que motivavam a empresa a licenciar as patentes, esses incentivos estavam ligados ao momento da economia e, portanto, não necessariamente seriam duradouros. Diante disso, entendeu-se necessário o TCD para que a concorrência ou a entrada de novos concorrentes no mercado não fossem restringidas.

Esclarece-se que o TCD era previsto pela Lei n. 8.884/94 em seu art. 58. Sendo aplicável a atos de concentração “que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre

²⁵ As patentes deveriam ser concedidas a “qualquer empresa interessada que atue no mercado brasileiro de cartões SIM, ou que tenham, de boa-fé, intenção de adentrar esse mercado”. De acordo com o TCD, essa entrada de boa-fé deveria ocorrer até 1 (um) ano a partir da concessão da patente, decorrido esse prazo, a licenciadora poderia revogar a concessão.

concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços” (art. 54, Lei n. 8.884/940), seu objetivo era manter os incentivos à livre concorrência.

No caso da Gemalto, contudo, chama a atenção a utilização do licenciamento compulsório em caráter preventivo no TCD. A determinação de licenciamento foi condição à aprovação do ato de concentração em questão mesmo verificando-se, à época, a existência de incentivos econômicos para a concessão de licenças espontâneas por parte da titular dos registros. Todavia, a mera hipótese de mudança da conjuntura econômica, e consequentemente da estratégia empresarial, levou o Conselho a impor a medida, geralmente tida como radical e de emprego cuidadoso. Julgou-se que a perda advinda das potenciais barreiras à entrada e fechamento de mercado eram significativas o suficiente para justificar a restrição à PI.

É certo que tanto a Lei n. 9.279/96 quanto a Lei n. 12.529/11 preveem a possibilidade de limitação do DPI por parte do direito antitruste caso o exercício do direito de exclusividade se dê de forma abusiva²⁶, sendo a proteção da ordem econômica e do bem-estar do consumidor a baliza legal que orienta o CADE no julgamento de casos envolvendo essa temática.

Uma das medidas que podem ser tomadas caso a propriedade intelectual não esteja cumprindo sua finalidade socioeconômica é, de fato, o licenciamento compulsório, mediante o qual o direito à exclusividade é extinto e o conhecimento é compartilhado. As hipóteses em que uma patente deve/pode ser licenciada compulsoriamente estão nos artigos 68 a 73 da Lei n. 9.279. São elas: (i) exercício abusivo do direito de propriedade intelectual; (ii) prática de abuso de poder econômico através da patente; (iii) não exploração, no Brasil, do objeto da patente nos 3 anos subsequentes à sua concessão por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ressalvados os casos de inviabilidade econômica; e (iv) comercialização insuficiente para satisfazer as demandas do mercado. Ressalta-se que a “licença compulsória não suprime ao titular o direito à remuneração da patente, que será arbitrada levando-se em conta as circunstâncias de cada caso e o valor econômico da licença concedida (art. 73, § 6º)” (CUEVA, 2009, p. 133).

Do exposto, extrai-se que o licenciamento compulsório é geralmente medida punitiva

²⁶ “Assim, sob certo aspecto, pode-se dizer que a legislação de proteção à propriedade intelectual brasileira positivou a teoria das estruturas essenciais, na medida em que vedou a negativa de acesso abusiva a instalações por ela protegidas, as quais serão, em muitos casos, essenciais para que possa haver concorrência no mercado, já que a propriedade intelectual é, sabidamente, o monopólio legalizado. Nesse aspecto, merece aplausos a legislação nacional...” (LIMA, 2005, p. 90). E, no que tange à legislação concorrencial: “O CADE tem adotado a premissa de que o Direito Antitruste tem admitido o Direito de PI como veículo à inovação e diferenciação, uma vez que seria um dos principais motores do desenvolvimento econômico. Contudo, certos arranjos estruturais e comportamentais podem fazer dos direitos de PI veículos ao abuso de posição dominante e, logo, afetar negativamente o bem-estar social”. (DOMINGUES, 2012, p. 284)

adotada posteriormente à verificação da conduta anticompetitiva. No caso apresentado, entretanto, a função social da propriedade foi privilegiada de maneira excepcional no âmbito da análise concorrencial. Esse tipo de raciocínio pode ser associado, no âmbito nacional, à leitura constitucional dos direitos constantes no ordenamento jurídico pátrio, inclusive direito da concorrência e propriedade intelectual.

Não se deve concluir daí que não ocorreu o emprego da regra da razão ou a análise de informações econômicas, ignorar esses aspectos também seria prejudicial ao bem-estar da sociedade e afrontaria o objetivo de desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Com efeito, a licença compulsória parece ser meio tentador para reequilibrar o mercado e combater os abusos cometidos por meio de PI²⁷, mas, conforme advertido pela OCDE (2004), a ação das autoridades da concorrência na restrição de direitos de PI deve ser cuidadosa, principalmente, quando se trata de uma medida um tanto quanto extrema como o licenciamento compulsório. Na dúvida, a instituição adverte que seria melhor errar para o lado da precaução e se abster da intervenção do que correr os riscos de causar grandes perdas de eficiência dinâmica ao desestimular a inovação²⁸.

Adicionalmente, chama a atenção a distinção feita nas análises entre mercado de desenvolvimento de tecnologia e mercado de produção. Essa distinção foi relevante no caso, pois foi a verificação da grande concentração de tecnologia – em oposição à ausência de concentração preocupante na parte de produção – que levou à determinação do licenciamento compulsório. Ou seja, atualmente, a detenção de conhecimento representa uma vantagem competitiva tão grande quanto a eficiência na alocação e distribuição de recursos de produção.

Nesse sentido, o tema assemelha-se à discussão em torno do domínio de *standard essential patents* (SEPs), ou seja, patentes essenciais ao desenvolvimento de produtos padronizados. Devido à essencialidade da obtenção de licença desse tipo de patente para se operar no mercado relevante, pode-se aplicar a doutrina das *essential facilities*²⁹ a esses casos³⁰, impondo-se o licenciamento nos termos FRAND (sigla em inglês para justos,

²⁷ “A licença compulsória passa a desempenhar papel fundamental no equilíbrio do mercado. Essa função efetiva os princípios constitucionais da ordem econômica, que estabelecem a liberdade do mercado como regra, mas que, igualmente, determinam que a lei reprima o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. (FORTUNATO, 1996)

²⁸ “Inevitably, agencies will encounter middle-ground cases in which the correct course of action is not so apparent. In such cases, it is probably best to err on the side of caution and refrain from intervening because the long term harm from inadvertently reducing incentives to innovate is so great”. (OECD, 2004, p. 43)

²⁹ “Assim, uma *essential facility* é caracterizada nos casos em que (i) uma estrutura essencial é controlada por um player com poder de mercado, (ii) há impossibilidade física ou econômica de duplicação da estrutura por parte dos concorrentes, (iii) o detentor da estrutura se recusa a fornecer acesso a concorrentes, e (iv) há possibilidade de liberar o acesso sem qualquer dano” (FARIA, 2014, p. 95).

³⁰ Calixto Salomão explica que apesar da noção de *essential facility* originar-se de situações relacionadas a

razoáveis e não discriminatórios).

Nesses casos, apesar de se reconhecer a importância dos direitos de propriedade intelectual para o incentivo à inovação, deve-se adequar o seu exercício à concretização da função social idealizada em lei: o desenvolvimento econômico e tecnológico do país. Não se deve daí deduzir que neste momento direito da concorrência e propriedade intelectual voltam a ocupar posições antagônicas. Através da leitura constitucional do instituto propriedade intelectual, compreende-se que o licenciamento compulsório não significa o esvaziamento do propósito do DPI, mas antes a sua própria concretização mediante a proteção da concorrência³¹.

4. Combate ao abuso de poder econômico via controle de condutas

Além do combate ao abuso de poder econômico mediante o controle de estruturas, o CADE regula as diversas condutas perpetradas pelos agentes econômicos que possam influenciar de maneira negativa o mercado, mitigar a concorrência e/ou excluir concorrentes. Esse tipo de controle, também chamado de *repressivo*, é posterior e averigua tanto os efeitos concorrenciais concretos quanto os potenciais.

A Lei de Defesa da Concorrência, em seu art. 36, traz os parâmetros para definir as condutas que constituem infração à ordem econômica:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

infraestruturas físicas, o ponto essencial do conceito é o caráter de extrema dependência de determinado bem econômico, seja ele tangível ou intangível, sendo perfeitamente possível sua aplicação a tecnologias ou informações protegidas por meio da propriedade intelectual: “Note-se que a origem da noção de essential facility poderia dar a impressão de que o conceito só tem relevância quando se está considerando o acesso a infraestruturas bastante específicas, normalmente ligadas a uma indústria organizada em rede. Todavia, não importa tanto o tipo de bem ou de mercado que está sendo considerado. O relevante é a situação de dependência extrema acima referida. Sob essa perspectiva, qualquer bem econômico pode, em princípio, vir a ser uma essential facility. (...)” (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 113).

³¹ “Vistos como forma de proteger e estimular os investimentos em tecnologia e as inversões na construção da reputação de um determinado produto, os privilégios consistentes nas patentes e nas marcas, respectivamente, ganham uma distinta conotação concorrencial. Passam a ser formas de proteção da instituição ‘concorrência’. Como tais, são dotados de caráter mais publicista que a própria e antiga noção de privilégio estatal na concessão de patentes ou de propriedade privada de um bem imaterial (ideia ou invenção)” (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 143).

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Além dessas orientações gerais, o § 3º do art. 36 exemplifica, em seus incisos, algumas condutas que caracterizam infração à ordem econômica. Dentre elas, algumas estão diretamente relacionadas ao exercício de direitos de propriedade intelectual, como: (i) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição (inciso V); (ii) regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição (inciso VIII); (iii) açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia (inciso XIV); e (iv) exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca (inciso XIX)³².

Há, ainda, outras hipóteses que podem estar associadas ao exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual, “tais como condutas colusivas (incisos I e II), recusa de venda (inciso XI) e venda casada (inciso XVIII)” (LILLA, 2014, p. 256 *apud* BARRIOS, 2014, p. 130). Acreditamos que a hipótese de discriminação de fornecedores e adquirentes (inciso X) também pode ser adicionada a esse rol.

Ressalta-se, contudo, a importância da análise através da regra da razão e não a condenação *per se* das condutas, diante da necessidade de contrapor as possíveis restrições à concorrência e os benefícios que podem ser trazidos à sociedade para aferir se o saldo geral dos efeitos de determinada conduta é positivo ou negativo, nesse sentido, Leonor Cordovil (2012, p.108) aponta que:

Segundo a regra da razão, as infrações [...], não são condenáveis em si, ou seja, não é a mera prática dos dizeres da lei, ou a mera conduta das empresas, capaz de provocar os efeitos deletérios à concorrência.

[...]

No Brasil, diz-se que não se pode considerar uma conduta como ilícita sem antes estudar sua racionalidade, sem antes averiguar e sopesar os benefícios e desvantagens ao mercado.

³² No mesmo sentido BARRIOS, 2014, p. 129-130.

No âmbito da jurisprudência do CADE envolvendo DPI, embora não haja grande quantidade de casos, há diversas análises esclarecedoras da relação entre direito antitruste e propriedade intelectual. As condutas abusivas envolvendo direitos exclusionários apreciadas no Brasil parecem associadas a duas práticas majoritárias: (i) a tentativa de estender indevidamente o direito legítimo obtido em um mercado a outro mercado – geralmente secundário e verticalmente integrado ao primeiro –; e (ii) a adoção de estratégia de *sham litigation*.

O presente capítulo, portanto, será dividido nessas duas categorias majoritárias, e, adotando-se a metodologia do capítulo anterior, serão analisados alguns julgados do CADE para tentar extrair qual o entendimento da jurisprudência concorrencial brasileira no controle de condutas envolvendo propriedade intelectual.

4.1. Determinação do escopo e abrangência de direitos de propriedade intelectual

Já foi constatado por estudos, como o relatório da OCDE de 2013, e por estudiosos do tema, como Grau-Kuntz (2011), que os direitos de propriedade intelectual, para trazerem os benefícios de inovação e desenvolvimento a que se propõe, devem ser bem dosados³³. Para isso, em primeiro lugar e de maneira mais incisiva, o sistema de análise e registro deve ser bem estruturado, de modo que nem a concessão seja muito difícil, demorada e específica, podendo acarretar o desestímulo à inovação pela incerteza de conseguir a proteção patentária, nem seja muito ampla e abrangente, desvirtuando o objetivo do instituto.

Essa parte, contudo, não é foco deste trabalho. O que nos interessa é o sistema de controle posterior à concessão do DPI, ou seja, o controle de condutas por parte da autoridade da concorrência quando o exercício dos direitos de propriedade intelectual, ainda que adquiridos de forma legítima e dentro da legalidade, acarretam danos à concorrência.

Diante disso, propõe-se o estudo dos casos a seguir para tentar determinar quais são os limites de atuação do INPI e do CADE, qual a metodologia de análise da autoridade da concorrência em casos envolvendo PI e quais aspectos são relevantes para a averiguação de

³³ “O controle do exercício da propriedade intelectual no mercado pelo órgão de defesa da concorrência é fundamental para o bom funcionamento do modelo da economia de mercado. Isto porque a propriedade intelectual fomenta a concorrência de superação inovadora por meio de supressão de concorrência de imitação, ou seja, em muito se assemelhando a um medicamento à base de uma substância tóxica, que se bem dosado gera efeitos positivos para a saúde humana, enquanto que mal dosado poderá levar à morte do paciente. Se bem dosada a propriedade intelectual será capaz de incentivar, através do processo de fomento concorrencial que coloca em movimento, o desejado desenvolvimento tecnológico e cultural, que culmina no aumento de bem-estar social. Porém, se mal dosada, ela carrega em si o potencial de se transformar em instrumento de desestruturação dos mercados ou, em outras palavras, em instrumento de controle econômico que, de forma semelhante à estrutura planificada socialista, permite que os poucos titulares de direitos de propriedade intelectual dominem os mercados estabelecendo seus próprios sistemas de preços”. (GRAU-KUNTZ, 2011, p. 255.)

infração à ordem econômica – determinação do mercado relevante, existência de posição dominante, detenção de informações essenciais para o funcionamento do mercado, etc – e, principalmente, qual o entendimento do CADE quanto à relação entre direito da concorrência e propriedade intelectual.

4.1.1. Monsanto e a ameaça de venda casada

Voltando ao setor de biotecnologia, a Monsanto figurou em uma série de processos envolvendo a tentativa de extensão ou ampliação indevida dos privilégios de exclusividade advindos de direitos de propriedade intelectual. Uma das preocupações do Conselho nesses casos foi a possibilidade de ocorrência de venda casada em razão de a empresa atuar em dois mercados relevantes distintos, mas integrados verticalmente. O primeiro mercado, definido pela SDE no AC 08012.003711/2000-17, é o de sementes de soja em geral, incluindo as transgênicas e as orgânicas, e o segundo mercado o de herbicidas para soja. No ato de concentração n. 08012.005135/98-01 essa preocupação levou o CADE a impor a restrição de que a Monsanto não poderia anunciar que só se responsabilizava pela qualidade da sua soja se fosse utilizado o herbicida da mesma marca no plantio. Conforme explicitado por Cueva (2009, p. 136) o “CADE justificou-se pelo temor de que a empresa detentora de patente referente a um mercado pudesse estender indevidamente seus benefícios a um mercado secundário”.

Já no procedimento administrativo 08012.008659/1998-09 a imputação de venda casada foi rechaçada por falta de provas, juntamente com acusação de que a Monsanto estaria tentando impedir o acesso de competidores no mercado de herbicidas às sementes transgênicas para a realização de testes. Como as sementes de soja geneticamente modificadas não constituem um mercado em si, mas fazem parte do mercado de sementes de soja em geral, chegou-se à conclusão de que a empresa não possuía poder de mercado para caracterizar infração à ordem econômica.

Contudo, foi feita a ressalva de que a proteção das patentes das sementes poderia ser imposta apenas aos concorrentes no mercado de sementes, mas não era suficiente para impedir o acesso dos concorrentes no mercado de herbicidas.

4.1.2. Microsoft

Já a Microsoft foi alvo da Averiguação Preliminar 08012.002034/2005-24, em que

suscitou-se a preocupação de que a sua posição dominante no mercado de sistemas operacionais conferisse à empresa o poder de interferir na concorrência mediante a discriminação na concessão de recursos que possibilitam a adaptação ou desenvolvimento de aplicativos compatíveis com as atualizações do sistema operacional Windows.

Conforme apontado pela então Presidente do CADE, Elizabeth Farina, a inexistência de poder de mercado de aplicativos não era suficiente para afastar o risco de efeitos anticoncorrenciais uma vez que “a reconhecida posição dominante no mercado de sistemas operacionais poderia conferir vantagens artificiais nos mercados de aplicativos, que são software cujo funcionamento depende de sistemas operacionais específicos”.

A principal questão, então, como colocado por Cueva, era determinar “se o desenvolvimento de aplicativos compatíveis com o Windows somente pode ser efetuado com as ferramentas comercializadas com exclusividade pela Microsoft ou se ele pode ser feito autonomamente a partir de outras linguagens de programação disponíveis” (2009, p. 145).

Decidiu-se por manter o arquivamento do processo e determinar à SDE apurar, da forma que julgasse mais conveniente, as seguintes questões:

(i) a ocorrência e os efeitos de possível discriminação, em termos do momento e das condições comerciais em que são disponibilizadas ferramentas essenciais para o desenvolvimento de aplicativos compatíveis com as últimas versões do sistema operacional comercializado pela Representada; (ii) se a Microsoft, detentora de poder de mercado em sistemas operacionais, provê regularmente e em bases não-discriminatórias recursos suficientes para a adaptação de aplicativos existentes às novas versões de seu sistema operacional; e (iii) os efeitos concorrenciais das práticas de transferência de tecnologia por apurar.

4.1.3. Philips

A preocupação de extensão indevida da posição dominante em um mercado *upstream* de desenvolvimento de tecnologia para um mercado *downstream* de produção e comercialização de produto também motivou a averiguação preliminar em um caso envolvendo a Philips no mercado de tecnologia e produção de aparelhos de DVD.

No caso, havia dois conjuntos de patentes distintos e essenciais para a produção dos aparelhos combinando licenças de diferentes desenvolvedoras de tecnologia e pretendia-se averiguar se a forma pela qual os direitos de propriedade intelectual estavam sendo exercidos constituiria ilícito concorrencial. As alegadas condutas anticompetitivas seriam as seguintes:

(i) ameaças a clientes, fornecedores, distribuidores e revendedores de aparelhos de DVD, de cobrança indevida de royalties, (ii) inclusão, no pool de patentes, de

tecnologias que não seriam de titularidade das representadas ou que não seriam indispensáveis para a produção dos aparelhos de DVD; (iii) cobrança de preços abusivos para o licenciamento de suas tecnologias, que significaria, no limite, verdadeira (iv) recusa de acesso a uma infra-estrutura essencial; (v) cobrança de royalties “em duplicidade” e (vi) discriminação entre produtores de aparelhos de DVD.

O feito foi arquivado por ausência de evidências que apontassem para o exercício de práticas anticompetitivas por parte da Philips. Nas razões do voto que determinou o arquivamento foi argumentado que as patentes em questão estavam vigentes e que as medidas tomadas pela empresa para informar a existência do seu direito estavam de acordo com a legislação em vigor³⁴, não existindo nenhum abuso nesse ponto.

A acusação de conduta discriminatória em razão do registro das patentes do pool ter sido realizado apenas em alguns países, eximindo outros do pagamento dos royalties, também foi afastada, pois a detenção de registro de propriedade intelectual concede ao seu titular a liberdade, inclusive, de determinar como, e se, vai proteger o seu direito. Além disso, a Representada demonstrou haver uma lógica econômica baseada no consumo do produto, na população e no PIB de cada país para determinar em qual depositaria suas patentes, não havendo nos autos nenhum indício de intenção ou efeito anticompetitivo.

Também foram afastadas as alegações de venda casada pela suposta inclusão de patentes não essenciais no pool e de cobrança de royalties abusivos. As razões para isso foram que nem as Representantes, agentes especializados na área, identificaram quais seriam as patentes desnecessárias, além de já haver análise realizada pelo *Department of Justice* (“DoJ”), dos Estados Unidos, em que foi concluído que todas as patentes do *pool* eram essenciais. Quanto ao abuso nos royalties, mais uma vez as Representantes não lograram êxito em trazer aos autos nada que comprovasse a existência de conduta exclusionária, principalmente quando considerado que é prerrogativa do titular da patente determinar o valor de sua licença.

Por fim, a reclamação da cobrança dos *royalties* “em duplicidade” foi rebatida sob o argumento de que a cobrança de *royalties* é prerrogativa dos detentores de patentes e constitui prática legítima a exigência de pagamento pela utilização, direta ou indireta, da tecnologia patenteada. Nos termos do Relator:

[...] aos titulares de patentes, assiste à prerrogativa de cobrar royalties de qualquer

³⁴ As Representantes questionavam, nesse ponto, comunicações da Philips, enviadas a revendedores de DVD, informando “que a comercialização de aparelhos de DVD sem a comprovação do prévio pagamento de royalties por parte dos fabricantes poderia ensejar medidas legais cabíveis, não apenas contra estes, mas também contra os próprios lojistas”.

empresa que se aproveite, direta ou indiretamente, da tecnologia objeto do monopólio legal. [...] Logo, a cobrança de *royalties* ‘em duplicidade’ representa nada mais, nada menos, que o regular exercício dos direitos de propriedade intelectual das representadas, absolutamente previsível e de impacto mensurável *ex ante* por qualquer um que pretenda ingressar no mercado *downstream*.

4.1.4. TCT

Em 2015, o CADE analisou um caso envolvendo patentes essenciais ao padrão tecnológico de telefonia 3G (*standard-essential patents*) no procedimento preparatório n. 08700.008409/2014-00. A representação foi oferecida pela TCT Mobile Telefones Ltda. e acusava a Ericsson de abuso de direito de propriedade industrial, negociação coercitiva e *sham litigation*.

Segundo a Representante, a Ericsson havia iniciado disputas judiciais excludentes e discriminatórios com o fim de coagir a TCT a firmar acordo de licenciamento. Ainda segundo a Representante, a tecnologia desenvolvida pela Ericsson, por estar sob as regras de adesão do padrão tecnológico internacional³⁵, não poderia ser usada para turbar a concorrência, sendo apenas devidos royalties razoáveis e não discriminatórios nos termos FRAND (sigla em inglês para justos, razoáveis e não discriminatórios).

Em sua defesa, a Ericsson afirmou que havia um procedimento de arbitragem pendente para decidir os termos contratuais e os royalties devidos e que a TCT estava praticando *holdout* utilizando-se ilicitamente da tecnologia desenvolvida pela Ericsson e obtendo vantagens indevidas sobre os demais competidores que incorriam em custos maiores por pagarem de maneira devida pelo licenciamento.

Ademais, o CADE verificou que não havia racionalidade econômica para a Ericsson supostamente tentar excluir um competidor do mercado de telefonia móvel visto que ela não produzia mais aparelhos móveis, mas se dedicava exclusivamente à pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias. Ou seja, excluir a TCT do mercado equivaleria à perda de royalties. Além disso, diversos outros competidores do mercado pagavam os royalties nos termos FRAND e possuíam as licenças sem maiores problemas.

Com base no averiguado, o CADE decidiu que as razões da Ericsson para buscar medidas judiciais eram legítimas e estava ausente qualquer intuito anticompetitivo, afastando-se a suspeita de *sham litigation* ou infração à ordem econômica.

Na visão do Conselho, tratava-se de conflito entre particulares e, portanto, fora da

³⁵ A tecnologia foi cedida ao Instituto Europeu de Padrões de Telecomunicações (em inglês, European Telecommunications Standards Institute “ETSI”).

sua competência. No entendimento do CADE, ele não é competente para decidir termos contratuais, mas apenas regular seus efeitos sobre a concorrência. A função precípua do Conselho é “prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica, pautando-se nos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico”³⁶.

O processo foi arquivado pela “insubsistência dos indícios de infração à ordem econômica”.

4.1.5. Anfape

Uma das análises mais recentes, e relevantes, ainda está pendente de julgamento no CADE, motivo pelo qual utilizaremos a averiguação preliminar, a qual foi realizada de maneira bastante completa e consistente, como base para o nosso estudo. O caso foi iniciado por uma representação da Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças - ANFAPE em que se alega que as montadoras de automóveis (Fiat, Ford e Volkswagen) vêm utilizando-se de condutas anticompetitivas por meio de ações judiciais e extrajudiciais para impedir que fabricantes independentes de autopeças confeccionem e comercializem peças de reposição para os carros das marcas em questão.

Após minuciosa análise, o Conselheiro Ragazzo, responsável pela determinação de abertura de processo administrativo, constatou a existência de dois mercados distintos: (i) o mercado primário (*foremarket*) de fabricação e venda de veículos novos e (ii) o mercado secundário (*aftermarket*) de fabricação e venda de autopeças de reposição.

Constatou-se, ainda, que, em razão da especificidade de cada peça e a impossibilidade de substituição de uma pela outra - não se pode substituir um capô por uma lanterna ou uma peça de um gol por outra de um fusion -, a aplicação do direito de exclusividade ao mercado de peças de reposição criaria monopólios comandados pelas montadoras.

Adicionalmente à situação de monopólio - com menor oferta e preços mais altos -, as características de mercado favorecem a ocorrência do efeito *lock-in*: posto que os custos da troca de um veículo são muito altos, o consumidor se veria refém dos preços praticados pelas montadoras no mercado de reposição. A análise do Conselheiro Ragazzo demonstrou, ainda, a existência de assimetria de informação acerca dos valores praticados pelos diversos agentes

³⁶ Nota técnica n. 11/2015/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Procedimento Preparatório no 08700.008409/201400. p. 4.

no mercado de reposição e excesso de otimismo dos consumidores em relação às hipóteses de necessidade de reposição de peças.

Além disso, verificou-se que os níveis de concorrência no setor primário não eram suficientes para garantir preços baixos, boa oferta de produtos e condições benéficas ao consumidor no mercado secundário. Por fim, o argumento das montadoras de necessidade de recuperação dos custos com pesquisa e desenvolvimento mostrou-se injustificado uma vez que esses custos já eram recuperados no setor primário durante a venda dos veículos.

Diante desse cenário foi recomendada a suspensão do direito de exclusividade das montadoras no mercado de reposição de peças, visto que a aplicação do direito nesse setor gera ineficiências não compensadas por ganhos de eficiência dinâmica. Ressalta-se que o direito à propriedade industrial permaneceu válido e vigente no setor primário, ao qual era direcionado.

Apesar da recomendação de abertura de processo administrativo para apuração dos indícios de infração à ordem econômica causados pelo abuso no exercício dos direitos relativos aos registros de desenho industrial, foi afastada a prática de *sham litigation*. Conforme exposto pelo Conselheiro, pleitear ou proteger judicialmente um direito e não obter provimento positivo difere de abusar do direito de petição com o intuito único de prejudicar a concorrência. Entendimento em sentido contrário afrontaria os direitos constitucionais de petição e de inafastabilidade do Poder Judiciário.

Adicionalmente, nesta decisão, o CADE estabeleceu que sua competência não era lidar com os procedimentos de registro de propriedade industrial, esta tarefa cabe ao INPI. A competência do CADE é a de averiguar e punir os eventuais efeitos anticompetitivos gerados por condutas relacionadas ao exercício de direitos de exclusividade. No caso da Anfape, a aplicação do direito de propriedade intelectual ao setor de reposição de autopeças não atendia às exigências constitucionais de geração de desenvolvimento econômico e tecnológico. Ao contrário, gerava um cenário de ineficiências econômicas e prejudicava o consumidor.

A notória relevância do caso da Anfape advém, primeiramente, que da averiguação preliminar resultou efetiva recomendação de condenação por abuso de direito de propriedade industrial. Além disso, foi realizada ampla análise não só dos mercados relevantes envolvidos, mas também da própria relação entre direito da concorrência e propriedade intelectual. Como afirmou Karin Grau-Kuntz (2011, p. 253):

O voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo inaugura uma nova era na compreensão da propriedade intelectual no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE. Até então o órgão administrativo vinha se

manifestando muito timidamente em relação à propriedade intelectual. **No voto em tela o Conselheiro Relator rompeu com a visão estática e assistemática de compreensão da propriedade intelectual, considerando o instituto jurídico em função de sua finalidade econômico-concorrencial. E há muito urgia o tratamento dinâmico e sistêmico do instituto jurídico pela autarquia.** (grifos nossos)

O caso serviu à consolidação das competências do CADE e do INPI e, em especial, ao fortalecimento do entendimento de que a autoridade antitruste é competente para regular eventuais efeitos anticompetitivos causados pelo exercício abusivo de direitos de propriedade industrial.

Já foi discutido que o direito à propriedade industrial, como qualquer outro direito, não é absoluto, ao contrário, ele está condicionado à promoção do desenvolvimento econômico e tecnológico do país e do bem-estar social. Caso esses objetivos sejam negligenciados ou contrariados, a PI pode ser restringida. Seguindo o raciocínio, se do exercício ilegítimo ou abusivo do direito resultar dano à concorrência ou a ordem econômica, compete ao CADE a análise do caso.

A análise também demonstrou, mais uma vez, que o direito de exclusividade pode ser utilizado para obter vantagens competitivas em mercados diversos daquele ao qual pertence (ainda que os mercados não sejam completamente dissociados, mas geralmente integrados verticalmente).

No caso da Anfape mostrou-se relevante a determinação do mercado alvo da proteção de PI. Ou seja, em qual mercado a diferenciação do produto e superioridade tecnológica representam vantagens competitivas. Este mercado foi identificado como o mercado primário de produção de veículos. Daí concluiu-se que era o mesmo mercado em que ocorria a recuperação do investimento em pesquisa e desenvolvimento, sendo injustificada a pretensão de extensão do direito de PI ao mercado secundário de peças de reposição sob o pretexto de recuperação dos custos com pesquisa básica.

Nesse ponto, os preceitos constitucionais foram amplamente aplicados às razões da decisão do Conselheiro Ragazzo, que, ao verificar as ineficiências geradas e a ausência de justificação do ponto de vista de incentivos à inovação da conduta analisada, recomendou a flexibilização do direito de exclusividade para que ele não abrangesse o mercado secundário.

4.2. A recorrente acusação de “*sham litigation*”

A acusação de *sham litigation* costuma acompanhar os casos envolvendo propriedade intelectual. Entende-se que isso ocorre devido à complexidade jurídica e

econômica dos casos, sem perder de vista os intrincados e específicos aspectos tecnológicos muitas vezes envolvidos na análise.

Sham litigation é definida como o abuso do direito de petição com o intuito de prejudicar a concorrência. Mais uma vez verifica-se que não existem direitos absolutos e que o ordenamento jurídico brasileiro exige que os direitos sejam utilizados de acordo com a sua finalidade, condenando qualquer abuso ou desvio. Essa desvirtuação é especialmente prejudicial porque geralmente colide com outras garantias e direitos. Todavia, sua constatação na prática e condenação devem ser feitas com parcimônia e cuidado, sob o risco de, em caso contrário, afrontar os direitos constitucionais de petição e de inafastabilidade do Poder Judiciário.

Conforme estabelecido no caso da Anfape, o não provimento de uma demanda judicial ou a verificação de inexistência de um direito pleiteado não podem ser confundidos com a prática de *sham litigation*. Provimentos negativos e condenações compõem a esfera de litígios judiciais. Muitas vezes os julgamentos envolvem análises complexas de vários elementos emaranhados, entendimentos diversos de dispositivos legais e constitucionais e até mesmo mutações interpretativas. Não se pode condenar uma parte por legitimamente buscar nas vias judiciais a proteção de um direito que sinceramente acredita ter.

No caso da Anfape, o CADE uniu as conclusões de casos internacionais e nacionais para estabelecer os critérios de configuração da prática de *sham litigation*:

(i) que a ação seja desprovida de qualquer fundamento, não sendo realista por parte do litigante qualquer esperança de vitória quanto ao mérito; (ii) que essa ação sem fundamento se constitua em um meio fraudulento para esconder ‘uma tentativa de interferir diretamente com as relações empresariais do concorrente’; e (iii) ação ancorada em base enganosa, onde o litigante efetivamente busca o resultado do processo, porém induzindo o Estado a erro.

Diante disso, verifica-se que há maiores probabilidades de ocorrência de *sham litigation* em casos envolvendo fraudes ou manipulação no processo de registro de direitos de propriedade intelectual, direitos inválidos ou não mais vigentes.

Tal tese pode se corroborada pelo estudo dos casos Alcoa, Eli Lilly, Ediouro e DyStar, em que a prática de *sham litigation* teve por base alegações fraudulentas ou omissões visando prejudicar a atuação dos órgãos administrativos e judiciais e excluir concorrentes do mercado.

4.2.1. Alcoa

No caso envolvendo a Alcoa³⁷, o CADE analisou acusações de *sham litigation* associada à suposta fraude de registros de desenho industrial e patentes, oportunidade em que o Conselho se manifestou sobre a sua incompetência para analisar o mérito de patentes e desenhos industriais. Tal análise de mérito cabe ao INPI e eventual impugnação de decisão de mérito desta autoridade administrativa deve ser feita ao judiciário.

O CADE reconheceu a legitimidade dos registros de desenho industrial impugnados uma vez que a Alcoa já havia requerido ao INPI o exame de mérito de todos os registros feitos em seu nome, sendo que 6 registros haviam sido mantidos e 3 estavam sob exame. Diante da constatação de legitimidade dos registros, foi afastada a hipótese de *sham litigation*.

Nesta mesma oportunidade ficou estabelecido, ainda, que há diferenciação entre marca³⁸ e patente, mas que ambas podem ser protegidas por seu titular. Além disso, uma marca pode ser composta por produtos patenteados e produtos não patenteados. No caso, a Alcoa emitiu comunicado aos consumidores para que comprassem os produtos da linha Alcoa da própria Alcoa ou de uma revendedora autorizada, não impedindo que os concorrentes produzissem perfis de alumínio, não protegidos por patentes, e os comercializassem sob marcas próprias. Conforme consignado no voto, “[e]mbora os concorrentes tenham o direito de fabricar produtos utilizando vários dos perfis também utilizados pelas linhas de propriedade da Alcoa, relacionadas no referido comunicado, nenhuma delas tem o direito de comercializar as marcas de propriedade da mesma”.

Refutadas as acusações que motivaram a averiguação preliminar e verificado que a Representada era incapaz de bloquear a entrada de novos agentes no mercado, o voto foi pelo arquivamento do feito.

4.2.2. Eli Lilly

A acusação de *sham litigation* também foi objeto de análise no Processo Administrativo n. 08012.011508/2007-91, em que a Eli Lilly do Brasil Ltda. e Eli Lilly and Company foram acusadas da prática de *sham litigation* por supostamente tentar prejudicar a

³⁷ Averiguação Preliminar n. 08012.005727/2006-50. Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos.

³⁸ “Marca, segundo a lei brasileira, é todo sinal distintivo, visualmente perceptível, que identifica e distingue produtos e serviços, bem como certifica a conformidade dos mesmos com determinadas normas ou especificações técnicas. A marca registrada garante ao seu proprietário o direito de uso exclusivo no território nacional em seu ramo de atividade econômica. Ao mesmo tempo, sua percepção pelo consumidor pode resultar em agregação de valor aos produtos ou serviços” (INPI, 2012).

concorrência através do ajuizamento de diversas ações judiciais contra o INPI e a ANVISA, em comarcas diferentes, com o objetivo de obter a comercialização exclusiva do medicamento cloridrato de gencitabina³⁹.

Mediante a análise do caso constatou-se que a Representada omitiu dados relevantes do poder judiciário com intuito de induzir o Estado a erro e obter vantagem monopolística indevida. A Superintendência-Geral opinou pela condenação, ao aduzir que as Representadas “abusaram de seus direitos de petição, utilizando-se de ardilosa engenharia processual, na busca de direitos que não lhes eram devidos, e com efeitos anticompetitivos severos” (fl. 2795).

Em resumo, a Representada tentou o patenteamento de produto que sabia não ser possível patentear, tendo adicionalmente ampliado o escopo do pedido após a manifestação do INPI, o que é vedado. Combinado a isso, ingressou com ação judicial para sobrestar a análise do INPI e, posteriormente, ainda na seara judicial, mas em juízo distinto, requereu o monopólio da comercialização da gencitabina em razão da demora do INPI em analisar o pedido de patente sem informar do sobrestamento do processo administrativo da autarquia em razão de ordem judicial. Nos termos da nota técnica da Superintendência-Geral:

Assim, de forma abusiva e tumultuada, por meio de enganosidades e omissões severas ao Judiciário e utilizando-se de artifício doloso e ardiloso – consistente em pedir e obter a suspensão da análise do INPI junto a um Juízo, ao mesmo tempo que se pedia o monopólio temporário do produto em outro Juízo, sob o argumento de demora na análise pelo INPI (demora essa demandada e obtida pela própria empresa) –, as representadas conseguiram o monopólio sobre um medicamento que estava em domínio público, (Gencitabina), para o uso de câncer de mama.

Diante dos danos causados à concorrência e aos consumidores pela manutenção por razoável período de tempo de monopólio ilegal ensejando oferta limitada e preços elevados, a SG opinou pela condenação da Representada nos termos dos incisos IV, V, X e XVI do Art. 21 c/c incisos I, II e IV do Art. 20, da Lei 8.884/94.

A Procuradoria especializada junto ao CADE também recomendou a condenação por *sham litigation*, em razão de a representada ter utilizado meios fraudulentos e “padrão de comportamento não esperável e desarrazoado, que acarretou por breve período potencial prejuízo à ordem econômica”, para obter exclusividade comercialização do cloridrato de gencitabina. De acordo com o parecer, os argumentos e ações isoladas não configurariam abuso

³⁹ Nos termos do relatório da Conselheira Ana Frazão, as Representadas tentaram impor “barreiras artificiais à concorrência por meio do ajuizamento de múltiplas ações judiciais em face de instituições públicas diversas (INPI e ANVISA), em comarcas diferentes (Rio de Janeiro e Distrito Federal), visando à obtenção indevida de exclusividade na comercialização do medicamento cloridrato de gencitabina, utilizado para o tratamento de câncer, em prejuízo de seus potenciais concorrentes”.

do direito de petição em si, mas o conjunto da atuação da Representada se deu de forma fraudulenta, configurando abuso do direito de peticionar.

O Ministério Público Federal acompanhou a SG e a ProCADE na recomendação de condenação por *sham litigation*, enfatizando “a ocorrência de danos concretos à ordem econômica decorrentes dos quase oito meses de monopólio dos quais desfrutou a representada”.

A Conselheira Relatora, Ana Frazão, fez considerações em seu voto a respeito da característica de complementaridade entre direito da concorrência e propriedade intelectual chamando atenção para sua importância para a inovação e alertando para os abusos que podem decorrer do exercício do direito de exclusividade.

O voto citou as *patent throlls* que têm como objetivo justamente contestar rivais judicialmente por patentes que sabe-se não serem correspondentes às exigências de registro, ensejando a prática de *sham litigation*. Nesse sentido, a Relatora lembra que mesmo a execução de direitos legítimos pode causar danos à concorrência, sendo a persecução de concorrentes com base em direito ainda não concedido ainda mais preocupante, por não apresentar ganho algum à sociedade pela ausência de comprovação de inovação:

Cada vez mais se cogita, portanto, do dever de lealdade e de cuidado dos titulares de patentes não apenas no registro de seus pedidos, como também na defesa judicial e extrajudicial de seus direitos. A ideia é a de que o exercício e a defesa de tais direitos precisam ser feitos de forma cuidadosa e proporcional, a fim de não trazerem restrições à concorrência além daquelas que estão intrinsecamente relacionadas à sua própria preservação. Não é sem razão que a atual Lei 12.529/2011 fez questão de incluir, dentre as condutas ilícitas, o abuso da propriedade intelectual, como se infere do art. 36, § 3º, XIX.

Se mesmo a defesa judicial de um direito de propriedade intelectual devidamente registrado perante as autoridades competentes pode ser abusiva e comprometer o ambiente concorrencial, com maior razão é possível a identificação da ilicitude quando ocorrem restrições abusivas e injustificadas à concorrência sem que a parte tenha nem mesmo obtido o registro respectivo, como é o caso da Eli Lilly. (grifos nossos).

O voto lembrou alguns precedentes do CADE sobre *sham litigation* definindo a prática como “abuso de direito de petição com finalidade anticompetitiva”, caracterizado pelo “intuito de obter benefícios anticoncorrenciais em razão da mera propositura das demandas, hipótese em que o interesse na obtenção de decisão favorável à pretensão do autor assume menor relevância”.

Nesse tipo de análise, a aferição de *market share* da representada mostra-se irrelevante, uma vez que a estratégia empregada, se exitosa, afetará o mercado independentemente da existência de posição dominante. Ainda nesse sentido, o ilícito advém do conjunto de demandas, judiciais ou administrativas, com efeitos anticoncorrenciais, ainda que,

individualmente as demandas não representem risco ou apresentem argumentos plausíveis. A Relatora destaca que a ilicitude dispensa o elemento subjetivo da intenção de causar danos à concorrência, uma vez que a conduta é caracterizada pelo abuso de direito, seja por utilização inadequada ou desproporcional.

No caso em análise restou constatado que houve danos concretos à concorrência em decorrência do conjunto de ações administrativas e judiciais empreendidos pela representada para obter monopólio indevido, baseando-se em alegações falsas ou omissões, nas palavras da Relatora:

Tendo em vista que a representada obteve monopólio indevido, com base em decisões judiciais favoráveis conseguidas mediante a condução de estratégia que envolveu a omissão de dados relevantes ao convencimento do magistrado, não há que se falar em efeitos potenciais, mas em efeitos concretos de prejuízo à concorrência.

[...]

Não resta dúvida de que as ações levadas ao Judiciário com vistas à obtenção de monopólio, foram desprovidas de base jurídica, posto que foram fundamentadas em fatos comprovadamente falsos ou em omissões meticulosamente planejadas para mascarar o propósito anticoncorrencial. Também é evidente que houve dano concreto sobre o mercado, pois, como as demandas foram camufladas pela omissão de dados relevantes, a representada efetivamente conseguiu prestações jurisdicionais favoráveis. (grifos nossos).

4.2.3. Ediouro

No Processo n. 08012.005335/2002-67, iniciado por representação feita pela Editora Nova Atenas à SDE, o CADE analisou mais uma vez acusação de abuso de direito de petição caracterizado, no caso, pelo intento de “dificultar a constituição, o funcionamento ou desenvolvimento das empresas concorrentes na produção e comercialização de publicações no mercado de revistas de passatempos, no qual a Representada teria posição dominante”.

Recebida a denúncia, foi instaurada Averiguação Preliminar a fim de apurar a ocorrência de infração concorrencial. A SDE emitiu nota técnica pelo arquivamento do feito, no entanto, o Conselheiro Luiz Fernando Shuartz, em recurso de ofício ao CADE, votou pela rejeição da decisão de arquivamento e pela instauração de Processo Administrativo com vistas a aprofundar as investigações acerca das práticas anticompetitivas atribuídas à Ediouro.

Foi emitida nova nota técnica pela Superintendência-Geral do CADE, assinada pelo Superintendente Adjunto Kenys Menezes, para determinar se a prática da Ediouro de acionar judicialmente seus concorrentes e firmar acordos judiciais de não-concorrência constituía ilícito sob a égide da Lei Antitruste.

Para isso, foi realizado, mais uma vez um estudo dos casos de *sham litigation* analisados nas jurisprudências nacional e internacional, ao final do qual formulou-se “um guia inicial razoável para o estudo de condutas de litigância potencialmente abusiva⁴⁰, com efeitos anticompetitivos”, com a ressalva de que não estava dispensada a análise de acordo com a regra da razão nos casos concretos.

Em relação à Ediouro foram analisados dois acordos judiciais de não-concorrência que culminaram na saída dos rivais do mercado – o primeiro com as empresas Escala e Heavy Metal e o segundo com SR3 Editora e Comunicação Ltda. Constatou-se que as ações empreendidas pela Ediouro para alegadamente proteger seu direito patentário teriam se baseado em argumentos contraditórios e patente já expirada, além de possuir pedido mais amplo do que o estritamente necessário para garantir a proteção do direito. Ainda assim, entendeu-se “necessária a análise

⁴⁰ O guia foi composto por quatro hipóteses gerais exemplificativas, nos seguintes termos:

“A - TESTE PRE - Pode ocorrer quando a parte ajuíza expedientes objetivamente sem fundamento, com intuito e resultado potencialmente anticompetitivo (mas que não pressupõe a utilização de fatos enganosos). Tais ações podem ocorrer, por exemplo:

A1 - Quando há clara carência das condições da ação, omissões relevantes ou posições contraditórias por parte dos querelantes, que podem criar confusão no Poder Judiciário.

A2 - Também, é possível haver *sham litigation* pelo teste PRE quando a parte ajuíza ação manifestamente improcedente visando causar *dano colateral* ao concorrente, a partir da exposição da imagem do concorrente e da elevação dos custos de defesa judicial.

B – TESTE POSCO — Ocorre quando a parte ajuíza uma série de ações contra concorrentes, também com baixa probabilidade de provimento favorável e de forma a gerar danos colaterais, gerando custos ou retirando, mesmo que temporariamente, rivais do mercado, gerando efeitos anticompetitivos no mercado.

C – LITÍGIOS FRAUDULENTOS - Nos litígios fraudulentos, a avaliação é diferenciada, já que, neste ilícito, a parte tem expectativa de causar um dano direto, via provimento estatal que lhe seja favorável, mas por uma via de falsidade. Nesta hipótese, deve-se verificar se houve alguma falsidade na argumentação apresentada ao Poder Judiciário ou a agente administrativo. Por exemplo, entende-se como simulação:

- Quando a parte **mente sobre fatos** objetivamente determinados, incontroversos ou notórios, conseguindo, assim, no Poder Judiciário ou em foro administrativo, uma guarida jurídica capaz de lhe conferir poder de mercado. Tal conduta pode representar, ao mesmo tempo, infração ao art. 17, II, do CPC[40] e à Lei Concorrencial. Também, a própria constituição de um título jurídico patentário, por exemplo, pode estar eivada de vícios decorrentes de fatos falsos contados, por exemplo, a órgãos da administração, que, por acreditarem na parte, lhe conferem um título, um direito, uma patente ou qualquer outro benefício. A parte poderá ainda mentir sobre fatos que afetem a extensão de seu direito, sem prejuízo de outras formas de enganiosidade ou má-fé.

Sobre fraude, é necessário esclarecer que, se a parte estiver defendendo no Poder Judiciário uma tese jurídica viável[41], havendo diferentes hipóteses plausíveis de interpretação em que o administrado escolhe uma vertente possível, acreditando que efetivamente possui determinado direito, ou até mesmo buscando constituir um direito, sem alegar qualquer falsidade a respeito de fatos, não caberia alegar a existência de fraude anticompetitiva.

D – ACORDO JUDICIAIS E OUTRAS AÇÕES

- Um acordo judicial capaz de cancelar saída consensual de concorrente do mercado ou a mudança de sua conduta, em troca de compensação específica, em mercado com elevadas barreiras à entrada, criando monopólios ou elevação de poder de mercado, pode, a depender do contexto, ser considerado uma prática ilícita.
- Outras ações judiciais que busquem implementar práticas anticompetitivas clássicas, como fixação de preço de revenda, venda casada, cláusula de exclusividade, dentre outros, não são imunizadas a respeito de responsabilidade antitruste porque o juízo cível discute apenas questões privadas e interpartes de tais contratos”.

das ações das empresas de forma conjunta, para poder avaliar se houve, de fato, uma tentativa da Ediouro de obter, na prática, um direito de monopólio que a empresa não detém”.

A análise dos acordos firmados demonstrou que a Ediouro estava realizando pagamentos periódicos para manter as concorrentes fora do mercado e garantir sua posição de monopolista. Tal ação de concentração de mercado diminuía a “concorrência e as opções disponíveis ao consumidor, podendo acarretar menor oferta e aumento de preços”. Diante disso, ficou claro o intuito anticompetitivo da Ediouro na promoção de ações e acordos judiciais:

Assim, nota-se um padrão no comportamento da Representada, que, a partir de fundamentos no mínimo questionáveis, promovia litígios contra seus concorrentes. Das referidas ações derivaram acordos judiciais de não-concorrência que cancelavam a saída de concorrentes do mercado, mediante pagamento. Tendo em vista não haver racionalidade na conduta referida, ficando patente o objetivo de que os concorrentes deixassem de contestar o domínio da Ediouro em um mercado no qual sua participação já era muito elevada, considera-se presente o interesse anticompetitivo da Representada. Nesse sentido, a Representada utilizou-se de acordos judiciais para obter fins ilícitos do ponto de vista concorrencial, posto que em dissonância com a Lei 12.529/2011.

A Representada incorreu, ainda, em abuso de posição dominante ao se utilizar de informações falsas acerca de direitos de propriedade industrial utilizando-se de notificações extrajudiciais e ameaças de medidas judiciais por suposto desrespeito a direitos de propriedade intelectual e/ou industrial para intimidar os concorrentes. Nos termos da nota técnica:

Ao enviar notificações extrajudiciais com informações inverídicas acerca da detenção de patentes e registros de marcas, e ao apor avisos também inverídicos sobre a detenção de patentes em suas revistas, a Representada também incorreu nos incisos IV e V do art. 21 da Lei 8.884/94[72], buscando limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado e criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços. Verificou-se, nesse sentido, que a Representada utilizou-se de meios fraudulentos para pressionar concorrentes e distribuidores, buscando obter, de fato, uma exclusividade à qual não tinha direito, através de informações inverídicas sobre seus supostos direitos de propriedade industrial

Ao final, foi recomendada a condenação da Ediouro Publicações S.A. nos termos dos incisos III, IV e V do art. 36, §3º c/c art. 36, I, todos da Lei 12.529/2011.

4.2.4. DyStar

O Processo Administrativo n. 08012.007189/2008-08 foi instaurado pela SDE em desfavor da Dystar Textilfarben GmbH e da DyStar Indústria e Comércio de Produtos Químicos Ltda. Dentre as práticas averiguadas estava a utilização da estratégia de *sham litigation* nos litígios de patentes.

Os pareceres da SDE, da ProCADE e do MPF foram pelo arquivamento, bem como o voto do Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz e o voto-vista do Conselheiro Alessandro Octaviani Ruiz.

O Relator entendeu não estar configurada a prática de *sham litigation* por não haver racionalidade econômica em tentar excluir apenas um competidor do mercado quando há vários outros rivais capazes de contestar a Representada. Ademais, não foi encontrado nenhum indício de fraude na concessão da patente ou ilegitimidade nos litígios pela titularidade dos registros.

Em seu voto-vista, o Conselheiro Alessandro Octaviani definiu *sham litigation* como “a litigância judicial, administrativa ou em foro particular predatória ou fraudulenta com efeitos anticompetitivos; é o uso impróprio de tais instâncias contra rivais para alcançar efeitos anticompetitivos”, ressaltando ser uma exceção ao direito de petição.

No caso concreto, o Conselheiro Alessandro Octaviani afastou a acusação de *sham litigation* por ter sido proposta apenas uma ação judicial para discutir a titularidade das patentes, tema que, conforme constatado pelo Judiciário, envolvia grande controvérsia, afastando assim um dos requisitos para caracterização do abuso de direito de petição que é a completa falta de embasamento da ação⁴¹. Também não havia provas de que a DyStar tivesse se utilizado de fraude ou manipulação para obter as patentes ou racionalidade econômica para a tentativa de excluir apenas um dos competidores do mercado, não havendo assim, na opinião do Conselheiro Octaviani, objetivo, ou potencial efeito, anticompetitivo na conduta.

A Conselheira Ana Frazão também apresentou voto-vista que, embora adotando razões diversas do Relator, acompanhou a decisão de arquivamento do feito.

O voto da Conselheira Ana Frazão dissociou a litigância de má-fé da prática de *sham litigation*, uma vez que a primeira é analisada de maneira micro no âmbito de um processo judicial e leva em consideração a intenção do autor na propositura da ação enquanto a segunda deve ser analisada de maneira macro levando em consideração um padrão de ação e os efeitos concorrenciais gerados, dispensado o caráter subjetivo. Foi lembrado que a prática de *sham litigation* dispensa a existência de posição dominante para atingir seus resultados.

No que tange à associação de direitos de propriedade intelectual e abuso de direito de petição, a Conselheira ressaltou que há de se ter especial cuidado para que os efeitos excludentes

⁴¹ No Processo Administrativo n. 08012.004484/2005-51 a Secretaria de Direito Econômico esclareceu que, “para se caracterizar ilícito de ‘exercício abusivo de direito de petição com efeito anticoncorrencial’ (*sham litigation*) é necessário demonstrar: (i) que a ação proposta é, por completo, carecedora de embasamento, sendo certo que nenhum litigante razoável poderia, de forma realista, esperar que sua pretensão fosse deferida; e (ii) que a ação proposta mascara um instrumento anticompetitivo, ou seja, constitui uma tentativa de interferência direta na relação comercial com um concorrente por meio do uso do aparelho judiciário/administrativo”.

do DPI não sejam indevidamente majorados⁴², atentando-se para as hipóteses não só de fraude e manipulação de DPIs, mas também à possibilidade de abuso quando há de fato direito patentário. Essas situações podem ser agravadas, ainda, pelo uso indevido e desproporcional de ações judiciais para garantir esses direitos⁴³.

A condenação de abuso de direito de petição, contudo, também não deva ser feita de forma leviana. É necessária ampla e aprofundada análise do caso concreto para determinar se o conjunto de ações de determinada empresa aponta para a prática de ilícito concorrencial, sob o risco de “punir o direito legítimo da parte de tentar obter regularmente os benefícios da propriedade intelectual e de acessar o Judiciário para a proteção de seus interesses”.

Ao fim, a Conselheira entendeu haver plausibilidade e razoabilidade nas ações da Representada, afastando a ocorrência de infração concorrencial e a prática de *sham litigation*. Nesse sentido:

Analizando as circunstâncias fáticas em que se deram os litígios processuais, é possível concluir que não há indícios suficientes nos autos de que a Dystar tenha excedido o seu direito, seja de requerer a patente, seja de ingressar no Judiciário para protegê-la. Tal como apresentados, os fatos levam a crer que a representada atuava na expectativa de proteger um direito plausível, mantendo, para este propósito, um padrão de razoabilidade em todas as suas condutas, incluindo a órbita processual.

5. Considerações finais

Do estudo dos casos apresentados extrai-se, em primeiro lugar, que a autoridade da concorrência brasileira, em respeito à legislação nacional e à leitura constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, admite a complementaridade entre direito antitruste e propriedade intelectual. Levando em consideração a importância dos dois institutos para o fomento à inovação e ao desenvolvimento econômico e tecnológico do país, o CADE vem, cada vez mais, refinando a sua análise de casos envolvendo DPIs para se adequar à

⁴² Nas palavras da Conselheira Ana Frazão: “Como todo direito de propriedade, a propriedade intelectual é excludente – isto é, exclui terceiros do uso e fruição do objeto do direito - e, por consequência, restringe a concorrência quando tem por objeto bens incorpóreos de aplicação industrial. Por essa razão, o benefício que decorre da propriedade industrial, especialmente das patentes, deve ser interpretado de forma cuidadosa, a fim de evitar que traga ainda mais restrições concorrenciais do que aquelas que são inerentes à sua própria natureza e ao seu âmbito legítimo de proteção”.

⁴³ Nos termos do voto: “Em casos assim, há considerável margem para que o titular da patente se utilize da defesa judicial de forma maliciosa ou descuidada, praticando deslealdades processuais, fraudes, atitudes procrastinatórias e excessos processuais que, ao distorcerem as condições concorrenciais, não podem ser tolerados pela autoridade antitruste”.

complexidade do tema, principalmente em razão da compreensão de que a aplicação das regras de proteção à propriedade intelectual e à concorrência deve ser coerente, de modo que um instituto não anule o outro (BITTAR, 2014).

Levando em consideração que o Brasil apresenta um sistema de proteção patentária muito forte, já era tempo de a autoridade da concorrência fortalecer o combate a abusos de poder econômico envolvendo DPI⁴⁴.

Nesse sentido, o primeiro passo é a definição das competências do INPI e do CADE. A análise de mérito dos registros de patentes e demais direitos de propriedade intelectual cabe ao INPI, bem como a resolução de conflitos no estabelecimento do valor de royalties e registro de termos contratuais.

À autoridade da concorrência, por sua vez, cabe a proteção da ordem econômica em consonância com os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Consoante as competências estabelecidas, não é função do CADE definir ou revisar cláusulas contratuais ou mérito de registros de propriedade intelectual. O Conselho não é árbitro de conflitos entre particulares, mas guardião de um bem coletivo traduzido na ordem econômica justa. Nesse sentido, o órgão é competente para analisar, julgar e, se for o caso, condenar condutas e eventuais efeitos anticompetitivos derivados do exercício irregular de direitos de propriedade intelectual.

Acredita-se, portanto, que o INPI, autoridade responsável pelo registro de direitos de propriedade intelectual, não deve levar em consideração nas suas análises aspectos concorrenciais. Isso porque o órgão não possui pessoal ou experiência para analisar os possíveis efeitos concorrenciais de cada registro. Sua expertise diz respeito à determinação do caráter inovativo e da utilidade de determinada tecnologia.

Com efeito, conforme visto, mesmo para a autoridade da concorrência, a análise desses casos é difícil, pois as decisões são influenciadas por fatos futuros e incertos. Ademais,

⁴⁴ [t]he goal of both IP and antitrust as regulatory policy should be to balance the need for incentives to innovate against the need for robust competition. We need both innovation and competition to achieve dynamic efficiency. IP laws should ideally encourage innovation up to the optimal level, but no further, because overly strong IP laws unduly interfere with competition and therefore reduce welfare unnecessarily. The same is true in reverse: overly aggressive competition law sometimes privileges static efficiency over innovation and therefore reduces long-term welfare. To this balance we must add another: too much emphasis on IP to encourage innovation may have the opposite effect, impeding innovation, while too much emphasis on competition in an effort to spur innovation may also prove counterproductive.(...)Whatever the current tilt and likely direction of the pendulum, our goal needs to be a world in which strong IP rights are coupled with strong rather than weak antitrust enforcement, and weak IP rights are coupled with weak rather than strong antitrust enforcement. (LEMLEY, 2007, p. 18-19)

a importância do emprego da regra da razão está mais do que demonstrada, exigindo-se, para verificação da ocorrência de conduta anticompetitiva, uma análise caso a caso, fundamentada por análises econômicas, informações acerca da estrutura de mercado e determinação de existência de poder de mercado. No modelo de organização administrativa brasileira e atual distribuição de competências, não se pode exigir do INPI tal análise.

Ademais, após o estudo dos casos apresentados, percebe-se que, muitas vezes, a solução sistêmica exigida para se honrar o ordenamento jurídico e seus objetivos não é tão simples, direta e radical quanto determinar o licenciamento compulsório, por exemplo. A solução por vezes passa pela não aplicação da propriedade intelectual apenas a um mercado ou pelo exercício do direito com algumas restrições. A determinação dessas nuances cabe ao CADE, que deve sempre privilegiar em suas análises e julgamentos o princípio da proporcionalidade e da intervenção mínima.

Com efeito, mesmo a verificação de dano à concorrência não é suficiente para a condenação, pois o saldo geral da operação analisada pode mostrar-se benéfico ao consumidor e ao desenvolvimento econômico. Na realidade é esse o efeito analisado majoritariamente neste trabalho. Os direitos à propriedade intelectual, de modo mais geral e abstrato, causam perdas de eficiência estática justificadas pelos ganhos de eficiência dinâmica. Do mesmo modo, determinadas condutas associadas ao exercício desses direitos e averiguadas nos casos concretos podem causar danos ou restringir a concorrência, mas serem justificadas por apresentarem saldo positivo e beneficiarem a sociedade.

A compreensão desse efeito, da importância da aplicação da regra da razão e dos princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima vem se consolidando nos precedentes do CADE (CUEVA, 2009). Conclui-se, ainda, que o emprego da regra da razão é importante não só para impedir que a condenação concorrencial indiscriminada prejudique os ganhos de eficiência dinâmica advindos da inovação, como também permite identificar aqueles direitos de propriedade intelectual que não cumprem sua função social. Com efeito, conforme já amplamente discutido, é exigido, como contrapartida ao direito de exclusividade, a contribuição para o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Nesse sentido, verificou-se, nos casos de controle de estruturas apresentados, além da preocupação com cláusulas que podem criar mecanismos de controle da licenciante sobre a licenciada, levando, em última instância, ao controle do mercado, a preocupação com a detenção por parte uma firma de grande parte das patentes essenciais ao desenvolvimento de um determinado produto. Ou seja, atualmente, a detenção de conhecimento representa uma vantagem competitiva tão grande quanto a eficiência na alocação e distribuição de recursos de

produção, e a concentração de informação em uma só empresa ou grupo econômico gera preocupações concorrenciais quanto à possibilidade de controle de mercado e influência artificial na concorrência.

Já no controle de condutas, os primeiros casos mostraram que o CADE era um tanto quanto tímido nas suas análises, mas seguia no caminho certo de procurar determinar o grau de concentração de mercado, a existência de posição dominante e admitir que a PI poderia ser exercida de forma abusiva. Nesse sentido, o caso da Anfape é significativo por afirmar de maneira mais confiante a competência do CADE para regular os efeitos da PI sobre a concorrência e, principalmente, por observar que a propriedade intelectual deve honrar seus objetivos constitucionais e ser limitada quando afastar-se da promoção do bem-estar coletivo e do desenvolvimento tecnológico e econômico. Ou seja, foi uma análise mais sistêmica e dinâmica da interação entre os dois institutos, acompanhando o atual movimento de dinamismo e superação.

Além disso, na análise de condutas, observou-se a recorrente acusação de *sham litigation*, ou de maneira simplificada o abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. Nesses casos, ficou consignado, em primeiro lugar, que deve-se ter cuidado na condenação para não afrontar os direitos constitucionais de petição e de inafastabilidade do Poder Judiciário. Afinal, não é um simples improvimento que a caracteriza a prática, mas um padrão de ações que envolvem fraudes e omissões, principalmente no que toca à propriedade intelectual, foi observado que geralmente os casos envolviam fraudes ou manipulação no processo de registro de direitos de propriedade intelectual, direitos inválidos ou não mais vigentes.

Superado isso, o Conselho observou que como em qualquer outro direito o exercício do direito de ação era passível de abusos, e que, principalmente quando associado à PI, deveria haver o dever de lealdade tanto no exercício do direito quanto na sua execução judicial para não agravar ainda mais as restrições à concorrência inerentes ao direito exclusionário. Significa dizer, não basta possuir um direito legítimo, mas exercê-lo de forma abusiva. Ou possuir esse direito válido, mas abusar na imposição dele a terceiros utilizando o poder judicial para isso. Todas as etapas do exercício do direito e medidas para garantir a sua proteção devem ser proporcionais e atentar ao objetivo sistêmico de proteção à ordem econômica e à sociedade como um todo.

Em suma, na análise da interação entre propriedade e direito antitruste não há solução pronta, mas o CADE aproxima-se cada vez mais de uma leitura constitucional dos dois institutos para defender a concorrência e, principalmente, a ordem econômica, de forma

sistêmica e dinâmica, atentando-se às particularidades de cada caso e ao conjunto de efeitos produzidos.

6. Bibliografia

AZEVEDO, Paulo Furquim de; FARINA, Elizabeth M. M. Q. *Política Industrial e defesa da concorrência: considerações sobre a experiência brasileira nos anos 90*. Economia. - Associação dos Centros de Pós-Graduação em Economia - ANPEC, ISSN 1517-7580. - Vol. 2. 2001, 2, p. 513-547.

Disponível em: http://www.fd.unb.br/images/Pos-Graduacao/Processo_Seletivo/Processo_Seletivo_2016/Prova_de_Conteudo/FARINA_Elizabeth_e_AZEVEDO_Paulo_Politica_Industrial_e_Defesa_da_Concorrenca_2001.pdf > Acesso em: 30 de maio de 2017.

BARRIOS, Lucas. *O contrato internacional de transferência de tecnologia e o Direito da Concorrência no Brasil: análise à luz da recente jurisprudência do Cade*. RDC, Vol. 2, n. 2, novembro 2014, pp. 117-143. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/133/82> > Acesso em: 17 de junho de 2017.

BITTAR, Ana Carolina Folgosi. *A Interação entre Direito da Concorrência e da Propriedade Intelectual no Caso Anfape*. Propriedade intelectual, transferência de tecnologia e inovação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: João Marcelo de Lima Assafim, Salete Oro Boff, Luiz Otavio Pimentel. – Florianópolis: CONPEDI, 2014. < <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=203> > . Acesso em: 3 de junho de 2017.

CORDOVIL, Leonor. *et al. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CORREIA, Cecília Barbosa Macêdo *et al. Estrutura Juseconômica Da Propriedade Intelectual*. PIDCC, Aracaju, Ano III, Edição no 07/2014, p.128 a 149 Out/2014.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE*. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 16, n. 1, 2009

DI BLASI, Gabriel. *A propriedade industrial*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DOMINGUES, Juliana de Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTADOS UNIDOS. U.S. Department Of Justice & Federal Trade Commission. *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*. 6 abr. 1995. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm>>. Acesso em: 14 de agosto de 2014.

FARIA, Isabela Brockelmann. *Considerações sobre essential facilities e standard essential patents nas guerras de patentes*. RDC, vol. 2, n. 1, maio 2014, pp. 89-105.

FORTUNATO, Lucas Rocha. *Sistema de propriedade industrial no Direito Brasileiro – comentários à nova legislação sobre marcas e patentes*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

FRAZÃO, Ana. *A necessária constitucionalização do direito da concorrência*. Direitos

Fundamentais e Jurisdição Constitucional. Coordenadores Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire. Editora Revista dos Tribunais. ISBN 978-85-203-5449-0. 2014.

GAMBA, Angelo; FRAZÃO, Ana. *The Relation Between Antitrust and Intellectual Property Law on Cade's Case Law*. 2016.

GICO Jr., I. T. A Tragédia do Judiciário: Subinvestimento em Capital Jurídico e Sobreutilização do Judiciário. *Tese de Doutorado*, 146. Brasília, Distrito Federal, Brasil: Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília. 2012.

GILBERT, R.J and NEWBERY, D. *Preemptive patenting and the persistence of monopoly*. American Economic Review, 72. 1982. Apud CADE. Averiguação Preliminar n. 08012.005727/2006-50. Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos.

GRAU-KUNTZ, Karin. *A interface da propriedade intelectual com o direito antitruste*. Exposição apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 22 de agosto de 2011. Revista Eletrônica do IBPI. Disponível em: < https://ibpieuropa.org/?media_dl=329 > Acesso em: 30 de maio de 2017.

GRAU-KUNTZ, Karin. *O CADE e o caso das peças reposição must-match*. In: Revista Eletrônica do IBPI. Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, no 3, p. 249-257. 2011. Disponível em: < <http://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-3> > Acesso em: 30 de maio de 2017.

INPI. *Instituto Nacional de Propriedade Industrial*. Fonte: <<http://www.inpi.gov.br/portal/>> Acesso em: 28 de dezembro de 2012.

KUBRUSLY, Claudia Tosin. *Análise da recusa de licenciar no âmbito do direito antitruste*. Direito concorrencial e regulação econômica. Egon Bockmann Moreira e Paulo Todescan Lessa Mattos (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEMLEY, Mark. *A new balance between IP and antitrust*. Stanford law and economics Olin Working Paper, n. 340, 2007, pp. 1-20.

LILLA, Paulo Eduardo. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência – Uma abordagem sob a perspectiva do acordo TRIPS*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *A doutrina das estruturas essenciais e a defesa da concorrência no Brasil*. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 12, nº2, pp. 75-99, 2005.

LIMA, Pollyana Pacheco. *Licenciamento de tecnologia sem cláusula de exclusividade: uma análise a partir do caso de licenciamento da intacta RR2 PROT.M*. RDC, Vol. 2, nº 1, Maio 2014, pp. 64-88.

Machlup, F. *The Economics of Information and Human Capital*. Princeton University Press, 1984, 644p.

OECD. *Policy Roundtables. Intellectual Property Rights*. 2004.

OECD. *Competition Policy and Knowledge-Based Capital. Key Findings*. 2013. Disponível em: < <http://www.oecd.org/daf/competition/Knowledge-based-capital-%20KeyFindings2013.pdf> > Acesso em: 3 de junho de 2017

OECD. *Competition, Patents and Innovation*. 2009.

Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA. *Cultivar*. 2014.

MENDES, D. R. A Função Social da Propriedade Intelectual. *Dissertação de Mestrado*, 106. Brasília, DF, Brasil: Universidade Católica de Brasília, 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007.